Der Schutz des Bürgen.

21

Der Schutz des Bürgen

bei schuldhafter Behandlung der Hauptforderung durch den Gläubiger.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Willi Kramer

aus Münster i. W.

Referendar.

ACAD. LAND.BAT. BIBL.

Approbiert am 23. Juli 1907.

Osnabrück.

Druck von Meinders & Elstermann.

1907.

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Litteratur-Verzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.

Arndts, Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Binder, Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht. Leipzig 1899.

v. Bothmer in der Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover. 1. Band, 1. Heft. 1826.

Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Büttner, Die Haftung des Bürgen nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G.-B. Greifswalder Diss. 1899.

Code civil.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Band, 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Band I und II. Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. 1.—3. Aufl. Halle a. S. 1901—1905.

Dernburg, Pandekten. Band 1. 7. Aufl. Berlin 1902.

Eck, Vorträge über das Recht des B. G.-B. Band 1, herausgegeben von Leonhard. 1. und 2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des B. G.-B. 1. Band 6. Aufl. Berlin 1899, 2. Band 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1. Band, 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 8.
Desgl. Band 58.
Desgl. Band 59.
Desgl. Band 10.

Fischer-Henle, Commentar zum B. G.-B. 6. Aufl. München 1904.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. Tübingen 1894.
Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte. Jena 1850.
Goldmann-Lilienthal, Das B. G.-B. I. Band 2. Aufl. Berlin 1903.
Hachenburg, Das B. G.-B. (Vorträge) 2. Aufl. Mannheim 1900.
Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. I. Band. Leipzig 1885.
Juristische Wochenschrift. Jahrgang 1898.
Desgl. Jahrgang 1904.
Desgl. Jahrgang 1905.
Deutsche Juristen-Zeitung. 9. Jahrgang 1904.
Kuhlenbeck, Commentar zum B. G.-B. Band I. Berlin 1899.
Lichtlen, Die Bürgschaft nach den Bestimmungen des B. G.-B. unter Vergleichung mit denjenigen des französischen Rechts in der Zeitschrift für deutsches bürgergerliches Recht und französisches Civilrecht. Band XXXI, Heft I. Mannheim 1900.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. und 15. Aufl. Berlin 1905.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des B. G.-B. Berlin 1898.
Marcus, Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nach B. G.-B. in „Das Recht". 6. Jahrgang 1902.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band. 13. Aufl. Berlin 1900.
Meisner, Commentar zum B. G.-B. II. Breslau 1898.
Mode, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte gegen dritte Personen. Erlanger Diss. 1896.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Band II.

Müller, Die Haftung des Bürgen im B. G.-B. Leipziger Diss. 1904.
Neumann, Handausgabe des B. G.-B., I. Band. 4. Aufl. Berlin 1905.
Oertmann, Commentar zum B. G.-B. II. Berlin 1906.
Pachur, Der Befreiungsanspruch des verurteilten Bürgen. Breslauer Diss. 1906.
Pernice, Labeo, II. Band. I. Abt. 2. Aufl. Halle 1895.
Planck, Commentar zum B. G.-B. Band II I. und 2. Aufl. Berlin 1900; Band II, Abt. I. 3. Aufl. 1904.
Puchta, Institutionen, I, 8. Aufl. (von Krüger). Leipzig 1875.
Pulvermann, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Heidelberger Diss. 1905.
Regeniter, Die Einrede der Vorausklage. Leipziger Diss. 1903.
Rehbein, Das B. G.-B. I. Band Berlin 1899; II. Band, Berlin 1903.
Ritgen in Gruchots Archiv. Band 40.
Scherer, Commentar zum B. G.-B. II. Erlangen 1897 bis 99.
Schill, Die Einreden des Bürgen und ihre Geltendmachung im Prozeß. Leipziger Diss. 1904.
Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des B. G.-B. München 1902.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. Erste Hälfte, Allgemeiner Teil, München 1900.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1904.
Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Leipziger Diss. 1905.
Seuffert's Archiv. Band 42.
Desgl. Band 52.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
Silbermann, Die exceptio doli generalis und das B. G.-B. in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. I. Jahrgang Nr. 2, München 1905.

Staub, Commentar zum St. G.-B. 6. und 7. Aufl. Berlin 1901.
Staudinger, Commentar zum B. G.-B. II, München 1906.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Band, Berlin 1898.
Töbelmann, Die Bürgschaft nach dem B. G.-B. Heidelberger Diss. 1904.
Vangerow, Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.
Westphal, Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach altem und neuem Recht. Breslauer Diss. 1906.
Weyl, Vorträge über das B. G.-B. München 1898.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Band, 8. Aufl. (von Kipp) Frankfurt a. M. 1900; 1. Band 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Die Ausgangspunkte. Plan und Methode der Arbeit.

Erster (Haupt-) Teil.

Beantwortung der Frage, ob sich Schutzmittel aus dem Rechtsinstitute der Bürgschaft selbst ergeben.

Kapitel I.

Geschichtliches.

§ 2. Absolute Freiheit des Gläubigers hinsichtlich der Behandlung seiner Forderung im klassischen römischen Rechte.
§ 3. Diligenzpflicht im gemeinen Rechte.
§ 4. Entwicklung im deutschen Recht. Diligenzpflicht in den Partikularkodifikationen und im code civil.

Kapitel II.

Das B. G.-B.

§ 5. Das Fehlen positiver Bestimmungen im B. G.-B. Die Motive und ihr Wert. Keine Uebereinstimmung in der Wissenschaft.
§ 6. Die drei Meinungsgruppen, ihre Skizzierung.
§ 7. Kritik und Resultat.

Kapitel III.

Die Konsequenz: Eine exceptio doli generalis.

§ 8. Allgemeines über das zu gewinnende Schutzmittel und Entwicklung der exceptio doli bis zum heutigen Recht.

§ 9. Die Stellung des B. G.-B. Anwendung auf unsere Frage.

Zweiter Teil.

Läßt sich ein Schutzmittel aus den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen gewinnen?

§ 10. Ablehnung des § 823. Allgemeine Auslegung des § 826.

§ 11. Die Ergebnisse des Paragraphen 826 für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Anhang.

§ 12. Aendert sich das gewonnene Resultat bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft?

§ 1.

Die Ausgangspunkte. Plan und Methode der Arbeit.

Der Definition des § 765 B. G.-B. zufolge stellt sich die Bürgschaft als ein Vertrag dar, durch den sich der Bürge dem Gläubiger eines Dritten zum Einstehen für eine Verbindlichkeit dieses Dritten verpflichtet.

In Uebereinstimmung mit dieser Begriffsbildung ist der Charakter der Bürgschaft des Näheren hauptsächlich durch zwei Prinzipien bestimmt: Durch die Akzessorietät und regelmäßig auch durch die Subsidiarität.

Ganz entsprechend dieser Gestaltung der Bürgschaft und in Anpassung an die genannten Grundregeln geht das Bestreben unseres Gesetzbuches billiger Weise dahin, die Lage des Bürgen zu schützen, da seine Verpflichtung nicht etwa an die Stelle einer bestehenden Hauptverbindlichkeit getreten ist, sondern sich nur als „Nebenverpflichtung"[1]) darstellt.

Zu dem angedeuteten Zwecke gibt das B. G.-B. dem Bürgen hauptsächlich zwei Rechtsbehelfe an die Hand, die sich seit ihrer Ausbildung im römischen Recht nicht wieder aus den Rechtssystemen haben verdrängen lassen. Es sind dies das sog. beneficium cedendarum actionum und das beneficium excussionis personalis. Das B. G.-B. bestimmt hinsichtlich des ersteren im § 774, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen übergeht, soweit er den Gläubiger befriedigt.

Und in § 771 regelt es die Einrede der Vorausklage dahin, daß der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Er-

[1]) Dernburg a. a. O. 2, II, S. 343.

folg versucht hat. Dieser letzte Rechtsbehelf folgt aus dem Grundsatze der Subsidiarität der Bürgschaft, während jener der übergehenden Rechte mit dem der Akzessorietät der Bürgenverpflichtung in Einklang steht.

Nicht immer wird der Bürge aber mit diesen Rechtswohltaten vollen Erfolg und befriedigenden Schutz erlangen. Die Einrede der Vorausklage zunächst ist in verschiedenen Fällen kraft Gesetzes ausgeschlossen. Als solche bezeichnet der § 773 — abgesehen von dem gesondert zu betrachtenden freiwilligen Verzicht auf dieselbe — einmal die wesentliche Erschwerung in der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners, zweitens die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners, und schließlich die begründete Annahme, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen werde.

Während in diesen Fällen das beneficium excussionis dem Bürgen nichts nützen würde, so kann auch der Uebergang der Rechte nach § 774 für ihn jegliche Bedeutung verlieren, oder doch jedenfalls in seinem Werte gemindert werden. Denn wenn jene Rechte in der Zeit zwischen der Bürgschaftsübernahme und der Befriedigung des Gläubigers verletzt werden, oder gar zu dieser Zeit überhaupt schon untergegangen sind, so ist es klar, daß dann diese Rechtswohltat ihre eigentliche Bedeutung einbüßt oder illusorisch wird.

Diese durch Verletzung oder Vernichtung eines der Rechtsbehelfe verursachte Schädigung der Rechtslage des Bürgen wird aber dann zweifelhaft und interessant, wenn sie — was ja möglich ist — dadurch hervorgerufen wird, daß der Gläubiger seine Forderung gegen den Hauptschuldner in schuldhafter Weise behandelt und dadurch indirekt dem Bürgen durch Verletzung der Rechtswohltaten Schaden zufügt, wenn der Gläubiger z. B. dem Hauptschuldner mit seinem Vermögen zur Flucht ins

Ausland verhilft, oder wenn er es versäumt, sich von diesem Befriedigung zu verschaffen, obgleich er weiß, daß der Hauptschuldner jetzt noch zu leisten imstande ist, daß dessen Vermögen in Kürze aber in Verfall, und vielleicht in Konkurs geraten wird.

In solchen Fällen erhebt sich die schwierige und schon in der gemeinrechtlichen Wissenschaft zum Gegenstande eines ziemlich heftigen Streits gemachte Frage, ob dann der Bürge schutzlos dastehen muß, der Gläubiger mit seiner Forderung also nach Belieben verfahren kann, oder ob der Bürge vom Gläubiger ein gewisses Maß von Sorgsamkeit („Diligenz") verlangen darf, bei dessen Verletzung er an Stelle der vernichteten Rechtswohltaten aus dem ihm schädigenden Verhalten des Gläubigers ein anderes Schutzmittel gewinnt.

Die vorliegende Bearbeitung dieser Frage sucht ihre innere Rechtfertigung darin, daß dieses Thema zwar von den verschiedensten Seiten angeschnitten wird, daß es jedoch für das heutige Recht m. W. noch keine sich ausschließlich mit ihm befassende, gründliche Erörterung gefunden hat.

Die Aufgabe, die wir uns gestellt haben, besteht nunmehr in Folgendem:

Einmal müssen wir in Anschluß an § 776, welcher den Bürgen in gewissen Fällen von seiner Verbindlichkeit frei werden läßt, untersuchen, ob sich aus dem Rechtsinstitute der Bürgschaft — vielleicht in Verbindung mit allgemeinen Regeln — Anhaltspunkte dafür gewinnen lassen, daß der Gläubiger mit seiner Forderung nicht nach Belieben schalten und walten kann, sondern daß er in seiner Verfügungsbefugnis dem Bürgen gegenüber irgend einer Beschränkung unterliegt, die sich eventuell auch zu einer allgemeinen „Diligenzpflicht" erweitern könnte. Kommen wir hier zu einem positiven Ergebnis, so wäre des weiteren zu prüfen, ob und wie sich aus dem Gewonnenen ein Schutzmittel gegen den Gläubiger herleiten läßt. Für diese ganze Untersuchung wird wegen des Mangels ausdrücklicher Vorschriften im B. G.-B. die Rechtsgeschichte von großer Bedeutung sein.

Zum anderen bliebe noch die Frage zu erforschen, ob das Verhalten des Gläubigers anderen, allgemeinen, nicht speziell die Bürgschaft betreffenden Rechtsvorschriften zuwiderlaufen könnte, wobei vielleicht in den Regeln über die unerlaubten Handlungen die gesuchte Handhabe gefunden werden kann. Auch hier würde es sich in zweiter Linie darum handeln, ob sich dann aus dem Gefundenen ein Schutzmittel für den Bürgen konstruieren ließe.

Schließlich wäre nach Erledigung der Hauptfrage auseinanderzusetzen, ob und inwieweit sich das gewonnene Resultat bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft ändert. Dies wird uns von selbst zu näherem Eingehen auf den erwähnten freiwilligen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage führen.

§ 2.

Absolute Freiheit des Gläubigers hinsichtlich der Behandlung seiner Forderung im klassischen römischen Rechte.

Wir wollen uns nun dem ersten dieser drei Punkte zuwenden und dabei zunächst untersuchen, ob wir in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts einen Präzedenzfall dafür finden, daß der Gläubiger dem Bürgen in irgend einer Weise zu sorglicher Behandlung der Hauptforderung verpflichtet ist, und daß dieser aus einer dem zuwiderlaufenden Tätigkeit eine Abwehrmöglichkeit gegen den Gläubiger entnehmen kann.

Bevor wir aber mit dem römischen Rechte beginnen, sei die Bemerkung vorausgeschickt, daß wir bei dieser Betrachtung — ohne die übrigen Verbürgungsformen zu berücksichtigen — nur die justinianische fidejussio ins Auge fassen wollen, denn diese ist es, worauf der Bürgschaftsbegriff des B. G.-B. ebenso wie der der neueren

Partikularrechte und nach überwiegender Ansicht auch der des gemeinen Rechts[1]) basiert.[2])

Wenn auch nicht allgemein zugegeben ist, daß die fidejussio des klassischen römischen Rechts sich als Correalobligation zwischen fidejussor und Schuldner darstelle,[3]) so überwiegt doch wenigstens, da Schuldner und Bürge dieselbe Leistung, ein „idem" schulden (Hasenbalg S. 521) in der Wissenschaft die Meinung, daß sie ein deutlich zum Ausdruck kommendes korreales Element in sich schließe.[4])

Man hat auch gesagt, daß der Bürge jedenfalls die Stellung eines „quasi correus"[5]) einnehme und demgemäß von einer Quasikorrealität[6]) der Bürgschaft gesprochen. Für unsere Untersuchung genügt nun schon diese weniger weit gehende Anschauung, und die erwähnte Streitfrage entbehrt daher für uns des Interesses. Denn schon die Verpflichtung des Bürgen als quasi correus (ex eadem obligatione, l. 1 § 8 D. 44,7) reicht als Begründung dafür aus, daß im klassischen römischen Rechte der Gläubiger

[1]) Es erübrigt sich, näher auf die gemeinrechtliche Streitfrage einzugehen, ob fidejussio, mandatum qualificatum und constitutum debiti zu einem einheitlichen Institut verschmolzen seien, oder ob man sie noch unterscheiden müsse, und welche von ihnen dann noch in Geltung ständen. Daß die fidejussio vorherrsche, meinen u. a. Girtanner a. a. O., S. 381, Geib a. a. O., S. 10, Windscheid a. a. O., S. 1012, Mode a. a. O., S. 3, Büttner a. a. O., S. 9. Anders Hasenbalg a. a. O., S. 861, Vangerow a. a. O., § 549.

[2]) Ebenso Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 784, Kuhlenbeck a. a. O., S. 521, Westphal a. a. O., S. 11, auch wohl Töbelmann a. a. O., S. 8/9.

[3]) So Windscheid a. a. O. II, § 297, Nr. 3; Girtanner a. a. O., S. 39 u. 480; Hasenbalg, S. 536 u. 521, Westphal a. a. O., S. 28.

[4]) Geib a. a. O., S. 9, 11ff. — Der Grund für die Auseinanderhaltung von Correalobligation und fidejussio liege in dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft, welcher bewirke, daß das akzessorische idem nicht dasselbe sei, wie das von dem Correalschuldner geschuldete. (Geib a. a. O., S. 76.)

[5]) Unterholzner, Schuldverhältnisse II (1840), S. 313, Anm. a, zitiert aus Geib a. a. O., S. 9.

[6]) Geib a. a., S. 9.

berechtigt war, „nach seiner Wahl vom Schuldner oder fidejussor zu fordern". (Hasenbalg S. 536.[1]) Eine Befreiung des einen oder des anderen trat erst mit der Litiskontestation gegenüber einem von beiden ein, durch welche das durch die una obligatio entstandene Klagerecht des Gläubigers konsumiert wurde.

Wenn aber dem Gläubiger demnach dieses unbeschränkte Wahlrecht hinsichtlich der Belangung von Hauptschuldner oder Bürge zustand, so hinderte ihn auch nichts daran, von vornherein zu beschließen, daß er nur den fidejussor in Anspruch nehmen werde und dadurch also den Hauptschuldner befreie. Daraus zog man dann aber des weiteren die wichtige Konsequenz, daß er auch im übrigen mit seiner Forderung nach Belieben verfahren konnte, so sorglich oder nachlässig, wie er wollte, ohne daß dadurch seine Rechte gegen den Bürgen irgendwie beeinträchtigt wurden. Ausgesprochen wird dies vor allem in l. 62 D. 46,1 und l. 51 § 3 eod.

§ 3.

Diligenzpflicht im gemeinen Rechte.

Eine durchaus andere Auffassung finden wir dagegen im gemeinen Recht; man suchte nämlich auf Grund der weiteren Entwicklung des Bürgschaftsrechtes, die dieses in der Kaiserzeit vornehmlich durch Hinzufügung des beneficium cedendarum actionum und des durch Justinian in Novelle IV eingeführten beneficium excussionis gefunden hatte[2]) eine Sorgfaltspflicht des Gläubigers zu verteidigen.

[1]) Ebenso sämtliche die Frage behandelnden Schriftsteller z. T. unter Berufung auf l. 62 D. 46, 1.

[2]) Zu jener Zeit hat man wohl noch nicht daran gedacht, aus den damals eingeführten Neuerungen derartige Folgerungen zu ziehen, wie es später das gemeine Recht tat.

Eine große Zahl von Schriftstellern knüpft hierbei an die Schadlosbürgschaft (die fidejussio indemnitatis) an,[1] bei welcher der Bürge sich dem Gläubiger nur für das verpflichtet, quod a debitore servari non potest (l. 41 princ. D. 40,1). Diese Bürgschaft ist also von vornherein subsidiär, und „das vom Schuldner Nichtbekommenkönnen eine vom Gläubiger zu beweisende Klagbedingung".[2] Nun war, nachdem man schon vorher die Prozeßkonsumption hatte fallen lassen (cf. l. 28 Cod. pr. 8,40), durch die im Jahre 535 von Justinian erlassene Novelle IV die gewöhnliche fidejussio der Schadlosbürgschaft stark genähert,[3] weil auch bei ihr fortan erfordert wurde, daß der Gläubiger sich erst dann an den Bürgen halten dürfe, si non valuerit, a debitore recipere. (Sogen. beneficium excussionis sive ordinis.) Ebenso aber, wie der Bürge dem Gläubiger, der diese Bedingung noch nicht erfüllt hat, eine Einrede unter Bezugnahme auf das beneficium excussionis entgegenhalten kann, so kann der Bürge auch dann die Leistung verweigern, wenn der Gläubiger die Vorausklage durch eigenes Verschulden unmöglich oder erfolglos gemacht hat, denn „selbstverschuldetes Nichterhaltenkönnen ist rechtlich kein Nichterhaltenkönnen".[4] Liegt ein solches Verhalten des Gläubigers vor, durch welches er es verhindert, daß die Bedingung, unter der er den Bürgen in Anspruch nehmen kann, eintritt, dann wird aus der an sich dilatorischen exceptio excussionis eine peremptorische Einrede,[5] und zwar kann der Bürge sie bei jeder Nachlässigkeit des Gläubigers seit Abschluß des Bürgschaftsvertrages geltend machen.[6]

[1]) Z. B. Windscheid a. a. O., § 478 N. 10.

[2]) Geib a. a. O., S. 30.

[3]) Einige Schriftsteller z. B. Bangerow meinen, durch Novelle IV. sei jede Bürgschaft zur Schadlosbürgschaft geworden. Für uns genügt die oben genannte herrschende Ansicht.

[4]) Regeniter a. a. O., S. 26; Aehnlich Hasenbalg a. a. O., S. 544.

[5]) S. Girtanner a. a. O., S. 483; Mode a. a. O., S. 33; Regeniter a. a. O., S. 24.

[6]) Girtanner a. a. O., S. 485; Regeniter a. a. O., S. 28.

Nachdem aber erst einmal diese Einrede allgemein[1]) anerkannt war, hat die herrschende Ansicht noch einen Schritt weiter getan, indem sie aus der Zulässigkeit einer solchen Einrede des Bürgen die Pflicht des Gläubigers zur Sorgfalt gegen den Schuldner gefolgert hat.[2])

Andererseits kann das Verhalten des Gläubigers auch das beneficium cedendarum actionum, nach welchem der Bürge gemäß l. 50 D. h. t. nach Befriedigung des Gläubigers Abtretung des Klagerechts verlangen kann, verletzt werden. Auch aus diesem Gesichtspunkte heraus hat man[3]) die Verpflichtung des Gläubigers zur Diligenz konstruiert, indem man folgendermaßen argumentierte:

Zunächst kann der zahlende Bürge mit einer exceptio cedendarum actionum sive doli die Abtretung des dem Gläubiger noch zustehenden Anspruchs verlangen.[4]) Ebenso kann der fidejussor dem Gläubiger diese exceptio aber auch dann entgegensetzen, falls der Gläubiger seinen Anspruch absichtlich vernichtet hat, um eben dem Bürgen keinen oder keinen vollwertigen Anspruch mehr abtreten zu können. „Zu diesem Resultate führen schon die allgemeinen Grundsätze über den dolus, unterstützend tritt die Erwägung hinzu, daß der Gläubiger wissen muß, daß dem fidejussor gesetzlich ein Anspruch auf Abtretung des betreffenden Anspruchs zusteht."[5])

Auch die nun noch strittige Frage, ob diese Regelung auch Platz greife, wenn der Gläubiger nicht aus Arglist, sondern nur durch bloße Nachlässigkeit den abzutretenden Anspruch verringert oder zerstört hat, wurde

---

[1]) Anderer Ansicht ist vor allem Bothmer a. a. O., S. 15 ff, der auch nach Novelle IV die „Unstattnehmigkeit" einer derartigen Einrede verteidigt.

[2]) So besonders Hasenbalg a. a. O., S. 553. Andererseits meint Geib, aus dieser Einrede folge nicht die Diligenzpflicht, denn der Gläubiger habe immer nur Rechte, nie Pflichten. Ebenso Regeniter a. a. O., S. 28; Mode a. a. O.

[3]) Vor allem hier zu vergleichen ist Hasenbalg. Ebenso Pulvermann.

[4]) Hasenbalg a. a. O., S. 403; Pulvermann a. a. O., S. 29.

[5]) Hasenbalg a. a. O., S. 404; mit ihm Pulvermann a. a. O., S. 30.

im allgemeinen bejaht. Schon die Glossatoren[1]) kamen — indem sie Kreditmandat und Bürgschaft gleichstellten[2]) — zu diesem Resultate. Sie gaben dem Bürgen auch gegen den nur nachlässigen Gläubiger die exceptio als peremptorische Einrede und erweiterten somit „die Verbindlichkeit zur Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Anspruchs zu einer Verbindlichkeit zur Bewahrung desselben in seiner ursprünglichen Kraftfülle."[3])

Diese Meinung ist dann auch Jahrhunderte lang die herrschende geblieben, und erst in neuerer Zeit wurde mit ihr unter dem Eindrucke der Mühlenbruch'schen Ausführungen gebrochen und der Ansicht Geltung verschafft, daß der Gläubiger dem Bürgen zu sorglicher Erhaltung und Behandlung seines Anspruches nicht verpflichtet sei.[4])

Schließlich kam aber wiederum der Grundsatz zur Herrschaft, daß der Gläubiger nicht nachlässig mit seiner Forderung umgehen dürfe; es sei vielmehr seine Pflicht, dieselbe mit Sorgfalt zu behandeln, und verstieße er vorsätzlich oder fahrlässig dagegen, so werde der Bürge dadurch von seiner Verpflichtung frei.

Zur Begründung dieser Anschauung stützte man sich auf den Grundsatz der bona fides, welcher, wenn auch nach dem Bürgschaftsvertrage dem Gläubiger an sich nur Rechte, nicht Pflichten zuständen, dennoch, wie alle Verträge, so auch die Bürgschaft beherrsche, und dem es widerspreche, „wenn der Gläubiger die Lage des Bürgen verschlechtert."[5]) [6])

[1]) Girtanner a. a. O., S. 211.

[2]) Beim Kreditmandat war der Gläubiger nach den Grundsätzen des Mandats dem Mandator gegenüber „unbedingt zur Cession verpflichtet; und wenn er die Klage durch eigene Schuld verloren, so konnte ihn der Mandator zurückweisen". Girtanner a. a. O., S. 211; Mode a. a. O., S. 44; Westphal a. a. O., S. 41.

[3]) Hasenbalg a. a. O., S. 406.

[4]) Hasenbalg a. a. O., S. 406; Pulvermann a. a. O., S. 31. Mode a. a. O., S. 49.

[5]) Dernburg a. a. O. 2, II S. 359.

[6]) Anders Geib a. a. O., S. 180: Die bona fides kann nicht für Jemanden, der zu gar nichts verpflichtet ist, eine Obligation neu erzeugen.

Und wenn der Gläubiger gleichwohl „durch Vernachlässigung gehöriger Sorgfalt in Beitreibung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner den Bürgen um die ihm gesetzlich zustehenden Hülfsmittel bringt“,[1]) oder sie in ihrer Wirksamkeit schädigt, so bewirkt er damit die Befreiung des Bürgen.

Diese Auffassung von der Diligenzpflicht des Gläubigers ist bald zur herrschenden — wenn auch nicht ausschließlichen — gemeinrechtlichen Lehre geworden.[2]) — Das aber geht m. E. aus den obigen Ausführungen mit Klarheit hervor, daß eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, wenn auch aus verschiedenen Gesichtspunkten, so doch fast mit Einstimmigkeit in der gemeinrechtlichen Wissenschaft und auch in der Praxis der Gerichte angenommen wurde.[3])

§ 4.

Entwicklung im deutschen Recht. Diligenzpflicht in den Partikularkodifikationen und im code civil.

Es liegt nun auf der Hand, daß dieser Gedanke einer Diligenzpflicht des Gläubigers auf die partikular-

[1]) Marcus a. a. O., S. 456.

[2]) Dernburg Pand. 2, § 82 Anm. 7, Bürgerl. Recht 2, II, S. 359; Arndts a. a. O., § 357 Anm. 2; Pulvermann a. a. O., S. 32; Marcus a. a. O., S. 456; Töbelmann a. a. O., S. 40. Anders neben Geib Regeniter a. a. O., S. 29; Westphal a. a. O., S. 44.

[3]) Zu vergleichen die Entscheidung des O.L.G. Hamburg vom 28. Januar 1896 bezw. des R.G. vom 6. Juli 1896 in Seufferts Archiv Band 52, Nr. 154 und die Entscheidung des RG. vom 9. Nov. 1886 in Seuffer's Archiv Band 42, Nr. 208. — So auch die Litteratur, sofern sie auf die gemeinrechtliche Entwicklung nicht näher eingeht, z. B. Schill a. a. O., S. 38; Kuhlenbeck a. a. O., zu § 776; Büttner a. a. O., S. 41; Pachar a. a. O., S. 14.

rechtlichen Kodifikationen einen erheblichen Einfluß ausüben mußte. Und er konnte das um so mehr, als auch die deutschrechtliche Entwickelung und Auffassung der Bürgschaft dem durchaus nicht entgegenstand, sondern zuletzt sogar in wichtigen Punkten dem Begriffe der römisch- und gemeinrechtlichen fidejussio ähnelte.

Ursprünglich allerdings hatte die Bürgschaft im deutschen Rechte einen ganz anderen Charakter: Es fehlte ihr die Akzessorietät. Der Schuldner stellte nämlich den Bürgen nicht, um seine Leistung zu *sichern*, sondern um sie provisorisch zu *erfüllen*,[1]) genau in derselben Weise, wie auch ein anderes Pfand gegeben wurde. Diese Bürgenstellung erfolgte in alter Zeit unter Hingabe einer — wenn an sich auch wertlosen — Sache in der Wadiation, einem streng formellen Akte. Später hingegen, als das wadium sich nur noch in Wort und Handschlag äußerte, und somit auch die wadiatio sich „zu einem reinen Formalvertrage verflüchtigte, ist die Verpflichtung des Bürgen mit und neben dem Schuldner das eigentliche Wesen der Bürgschaft geworden".[2]) Auch im deutschen Rechte also hatte die Bürgschaft nunmehr akzessorischen Charakter erhalten.

Andererseits aber war die deutschrechtliche Bürgschaft zunächst auch nicht subsidiär. Es durfte nämlich — wie aus dem Gesagten erhellt — in ältester Zeit der Gläubiger sich nur an den Bürgen halten. Dies änderte sich, als der Gedanke der Akzessorietät durchgedrungen war, denn da man erkannte, daß der Bürge für eine *fremde* Schuld eintrete und nicht an Stelle des Schuldners, sondern neben ihm hafte, überließ man zunächst dem Gläubiger die Wahl, von wem er fordern wollte. Und von hier aus war es denn auch kein allzu weiter Schritt mehr zu der Anschauung, daß der Bürge erst nach dem

[1]) Diese provisorische Erfüllung folgt daraus, daß man zunächst nur Realverträge, „Bargeschäfte" kannte. Stobbe-Lehmann a. a. O., S. 109; Westphal a. a. O., S. 9.

[2]) Heusler a. a. O. II, S. 251.

Schuldner haftbar gemacht werden dürfe: Die Bürgschaft war jetzt auch subsidiär geworden.[1] [2])

Demnach hatten sich die Institute der römischen fidejussio und der deutschen Bürgschaft sehr wohl mit einander verschmelzen können, und so kam es, daß, als die Partikularrechte kodifiziert wurden, keine deutschrechtlichen Gedanken die gemeinrechtliche Auffassung beeinträchtigten, sondern daß diese ungehindert ihren ganzen Einfluß ausüben konnte.

So ist denn auch in den meisten dieser Gesetzgebungen jene Diligenzpflicht, wie sie im gemeinen Recht ausgebildet war, aufgenommen und ausdrücklich vorgeschrieben worden.

Es statuiert z. B das Allgemeine Landrecht eine Haftung für die sogenannte culpa in exigendo, allerdings unter der Beschränkung, daß der Gläubiger nur für grobe Fahrlässigkeit haften solle. In Th. I Tit. 14 § 328 bestimmt es wie folgt: „Hat der Gläubiger bei der Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen, so fällt ihm der daraus entstehende Schade zur Last"; — er kann also für den in dieser Weise durch sein Verschulden erwachsenen Schaden von Bürgen nicht Ersatz verlangen, sondern dieser wird in der Höhe desselben ipso jure befreit.[3] [4]) Zu bemerken wäre hierbei noch, daß man nach A. L. R. unter grobem Versehen ein solches zu verstehen hat, das bei gewöhnlichen Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden konnte (Th. I Tit. 5 § 18).

Mit dem A. L. R. stimmt das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch im Prinzipe überein, jedoch geht es in der Fürsorge für den Bürgen noch viel weiter, indem es im § 1466 bestimmt, daß „die Bürgschaft erlöscht; wenn

[1]) Ebenso Stobbe-Lehmann a. a. O., S. 124 und 356; Westphal a. a. O., S. 31; Regeniter a. a. O., S. 16.

[2]) Vgl. über die alte Auffassung der Bürgschaft den vielzitierten Satz: Den Bürgen darf man würgen, z. B. bei Dernburg a. a. O. 2, II S. 357.

[3]) Ebenso Mode a. a. O., S. 104; Regeniter a. a. O., S. 84.

[4]) So auch das Reichs-Gericht: Entscheidungen Band 8, S. 260 ff.

und soweit dem Gläubiger eine Verschuldung zur Last fällt, durch welche dem Bürgen die Rechtswohltat der Vorausklage oder der Rückanspruch an den Hauptschuldner vereitelt wird, insbesondere, wenn der Gläubiger verschuldet, daß er vom Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen kann." Denn hiernach wird der Bürge durch jedes Verschulden des Gläubigers — und mag es auch nur in irgend einer leichten Fahrlässigkeit bestehen — von seiner Verpflichtung frei.[1])

Auch das französische Recht hat sich der Auffassung angeschlossen, daß der Gläubiger dem Bürgen zu Diligenz verpflichtet sei. Der hierfür in Betracht kommende Artikel 2037 des code civil hat folgenden Wortlaut: La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Auch hier also sehen wir, daß durch die Nachlässigkeit des Gläubigers, die aber auch in einem Unterlassen bestehen kann,[2]) der Bürge Befreiung erlangt.

Dieselben Vorschriften, wie der code civil bringt natürlich auch das Landrecht für das Großherzogtum Baden, ein getreues Abbild jenes Gesetzbuches.

§ 5.

Das Fehlen positiver Bestimmungen im B. G.-B. Die Motive und ihr Wert. Keine Übereinstimmung in der Wissenschaft.

Wir kommen nunmehr zum Kernpunkte unserer Untersuchung, nämlich zu der Frage, welchen Standpunkt unser heutiges Zivilrecht, das Recht des B. G.-B. ein-

[1]) Ebenso Mode a. a. O., S. 110; Regeniter a. a. O., S. 86.

[2]) Entscheidung des Toulouser Gerichtshofes zitiert aus Mode a. a. O., S. 108; erwähnenswert wegen des „le fait" im Texte des Artikels.

genommen habe. Hat unser Gesetz in Uebereinstimmung mit der bisherigen Rechtsentwicklung ebenfalls eine allgemeine Diligenzpflicht aufgenommen? Oder hat es im Gegensatze hierzu den Gläubiger von jeder Sorgfaltspflicht entbunden, sodaß er mit der Forderung umgehen kann, wie es ihm beliebt? Oder hat es endlich seine Verfügungsbefugnis doch in etwa beschränkt, sodaß der Bürge aus einem dem zuwiderlaufenden Verhalten wenigstens eine Verteidigungswaffe gegen den Gläubiger entnehmen kann?

Wie wir schon sahen, läßt das B. G.-B. es in dieser Hinsicht an jeder positiven Bestimmung fehlen. Aus diesem Mangel kann man jedoch nicht entnehmen, daß keinerlei Einschränkung Platz greife und der Gläubiger vorgehen könne, wie er will, denn gar manche Rechtsvorschrift ist im B. G.-B. nicht erwähnt worden, ohne daß doch jemand an ihrer gültigen Existenz zweifelte, oder daß auch nur das Gesetz sie hätte ausschließen wollen.

In unserem Falle hat der Gesetzgeber allerdings eine Vorschrift über die Diligenzpflicht nicht ohne Absicht weggelassen. Die Motive[1]) geben nämlich der Meinung Ausdruck, „daß der Wert der Bürgschaft durch die Imputierung einer allgemeinen Diligenzpflicht beträchtlich herabgedrückt und in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen würden. Die Diligenzpflicht sei daher in Uebereinstimmung mit dem älteren römischen Recht gänzlich zu verneinen," und nur das Schutzmittel stehe dem bedrohten Bürgen einzig und allein zu Gebote, daß er den Gläubiger befriedigen und die damit auf ihn übergehenden Rechte selbst verfolgen könne.[2])

Aber — und darüber ist sich die Wissenschaft so gut wie einig — den Motiven des B. G.-B. ist, wie allen Vorarbeiten eines Gesetzes, ein allzu hoher Wert nicht beizumessen. Jedenfalls sind sie nur unter strenger Kritik zu benutzen, und falsch würde es sein, wollte man auf Grund der gegenteiligen Ansicht der Motive einen an sich für richtig erkannten Satz, den das Gesetz selbst nicht

[1]) Motive II, S. 678.
[2]) Motive II, S. 679.

ausschließt, sondern der sich vielleicht sogar aus ihm begründen und verteidigen läßt, ablehnen. Denn das Gesetz ist etwas Ganzes und in sich Geschlossenes und muß, soweit irgend möglich, aus ihm selbst heraus interpretiert werden.

Von diesem Standpunkte aus hat man denn auch keineswegs die Ansicht der Motive ohne weiteres als richtig angenommen, sondern vielmehr die Frage zum Gegenstande eingehender wissenschaftlicher Untersuchung gemacht, auf Grund deren man zu Ansichten gekommen ist, die sowohl vom Standpunkte der Motive, wie auch von einander erheblich abweichen.

§ 6.

Die drei Meinungsgruppen; ihre Skizzierung.

Die von den verschiedenen Seiten vertretenen Meinungen kann man in drei Hauptgruppen zusammenfassen. Diese stellen sich, kurz skizziert, folgendermaßen dar: Die erste Meinung steht im allgemeinen auf demselben Boden, wie die Motive.[1]) Sie leugnet mit diesen zunächst, daß eine Diligenzpflicht aus dem Rechtsbehelfe der Vorausklage oder aus dem Uebergange der Rechte des Gläubigers auf den Bürgen nach § 774, noch endlich aus dem Prinzipe der bona fides folge. Der § 776 ferner schreibe eine Sorgfaltspflicht des Gläubigers nur in den dort genannten besonderen Fällen vor, er verwerfe sie also im allgemeinen. Der Gläubiger ist hiernach zu gar nichts verpflichtet, sondern kann mit der Forderung nach Belieben verfahren, und der Bürge kann sich einzig und allein durch Befriedigung des Gläubigers und Geltendmachung der dadurch übergegangenen Rechte

[1]) Motive II, S. 678/679.

schützen. Die Hauptvertreter dieser Ansicht sind Planck, Oertmann, Goldmann-Lilienthal, Schneider und Enneccerus-Lehmann.[1])

Genau das Gegenteil zu dem Gesagten behauptet dagegen die zweite Ansicht, als deren Verfechter vor allem Marcus[2]) zu nennen wäre. (Ihm schließen sich Seyfferth und Pulvermann an.[3])) Zwar entstehe durch den Bürgschaftsvertrag keine substantielle Gegenseitigkeitsverbindlichkeit, auch er werde aber durch das an die Spitze der Schuldverhältnisse gestellte Prinzip der bona fides beherrscht. Darnach dürfe der Gläubiger die dem Bürgen gesetzlich zustehenden Rechte nicht schädigen, sondern sei für jede culpa in exigendo haftbar zu machen.

Die dritte Meinungsgruppe schließlich nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein. Ihre Vertreter gehen einmal mit denen der ersten Ansicht, insofern sie — hauptsächlich weil der § 776 in seiner positiven Fassung eine analoge Ausdehnung nicht vertrage — die Geltung einer allgemeinen Diligenzpflicht für das B. G.-B. ablehnen. Andererseits bestreiten sie, daß darnach der Gläubiger dem Bürgen gegenüber vollständig ungebunden sei. In dieser Beziehung folgen sie vielmehr der zweiten Ansicht und verteidigen die Anwendbarkeit des Prinzips von Treu und Glauben, da dieses das gesamte Vertragsrecht beherrsche, auch für das Bürgschaftsverhältnis, ohne daß sie natürlich, — weil sie ja eine allgemeine Diligenzpflicht bestreiten — auch ihrerseits hieraus die Konsequenz ziehen, der Gläubiger hafte für jede culpa in exigendo. Vertreten wird diese Auffassung durch zahlreiche Schriftsteller, so vor allem durch Crome, Staudinger, Kuhlenbeck, Scherer, Meisner, Weyl, Eck, Neumann und Lichtlen.[4])

[1]) Planck a. a. O., zu § 776; Oertmann a. a. O. eod; Goldmann-Lilienthal a. a. O. eod; Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 775; Schneider a. a. O., S. 226. Ebenso auch Schill a. a. O., S. 38—39.

[2]) Marcus a. a. O., S. 457.

[3]) Seyfferth a. a. O., S. 72; Pulvermann a. a. O., S. 38—39.

[4]) Crome a. a. O. II, 2, S. 888; Staudinger a. a. O., zu § 776; Kuhlenbeck desgleichen; Scherer a. a. O. II. zu § 776;

Der Verfasser hält diese letzte Ansicht für die richtige. Die Begründung hierzu wird er — unter gleichzeitiger kritischer Beleuchtung der beiden anderen Gruppen — im folgenden zu geben versuchen.

§ 7.

Kritik und Resultat.

Zunächst ist den Vertretern der ersten Ansicht in dem Punkte beizustimmen, daß eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers, über die ja das B. G.-B. nichts bestimmt, sich nicht aus dem Begriffe der Bürgschaft an sich ergebe. Des Ferneren ist aber ihnen und den Motiven auch zuzugeben, daß eine solche Pflicht nicht aus dem bloßen Rechtsbehelfe der Vorausklage gefolgert werden kann. Denn aus ihm geht nur hervor, daß der Gläubiger zunächst den Hauptschuldner in Anspruch nehmen muß und sich erst dann an den Bürgen halten darf, wenn jenes Leistungsunfähigkeit festgestellt worden ist. Damit ist aber die Bedeutung des beneficium excussionis erschöpft, denn es ist erledigt, sobald diese Feststellung erfolgt ist, auch wenn sich dabei ergeben sollte, daß der Schuldner bei Anwendung größerer Sorgfalt den Gläubiger hätte befriedigen können.[1] [2]) Unmotiviert aber würde es jedenfalls sein, wollte man aus ihm eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers abzuleiten versuchen.

Ebensowenig, wie gegen die vorstehende Argumentation ist m. E. gegen die Behauptung einzuwenden, nach der eine solche Diligenzpflicht sich auch nicht aus dem

Meisner a. a. O. II, zu § 776; Weyl a. a. O., S. 500; Eck a. a. O. I, Lichtlen a. a. O., S. 166; Neumann a. a. O., zu § 776.

Denselben Standpunkt wie die Genannten haben ferner inne: Töbelmann a. a. O., S. 42; Regeniter a. a. O., S. 91; Westphal a. a. O., S. 57; Müller a. a. O., S. 45.

[1]) Planck a. a. O., zu § 776.

[2]) Motive a. a. O., S. 678.

§ 774 allein ergibt, demzufolge der Bürge, soweit er den Gläubiger befriedigt, in dessen Rechte eintritt; denn wie könnte man aus dieser Bestimmung an sich entnehmen, daß der Gläubiger die übergehenden Rechte in einem gewissen Zustande zu erhalten habe, und nicht vielmehr, daß der Bürge nur die Rechte bekomme, soweit und wie sie tatsächlich noch vorhanden sind?![1])

Weit wichtiger als die angegebenen für die Verwerfung einer Diligenzpflicht im B. G.-B. vorgebrachten Gründe ist m. E. aber der, daß auch das Prinzip von Treu und Glauben nicht für die Existenz derselben ins Feld geführt werden könne. Denn, so sagt Planck,[2]) „der § 242 setzt voraus, daß eine Verpflichtung zu einer Leistung besteht, und bestimmt nur, daß bei der Erfüllung dieser Verpflichtung die Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu berücksichtigen sind. Durch den Bürgschaftsvertrag werden aber für den Gläubiger überhaupt keine Verpflichtungen, sondern nur Rechte begründet."[3])

Von den Vertretern der zweiten Gruppe, also vor allem von Marcus wird dagegen die Geltung des Prinzips von Treu und Glauben auch für das Bürgschaftsverhältnis verteidigt, und zwar — wie mir scheint — mit Recht. Es ist zwar Planck und seinen Anhängern zuzugeben, daß an sich der Gläubiger dem Bürgen zu nichts verpflichtet sei, jedoch ist auch der zwischen ihnen geschlossene Vertrag nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu beurteilen, denn Verträge sind nach der Bestimmung des § 157 so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Schon hiernach gewinnt das Prinzip der bona fides Einfluß auf das Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger. Von weit größerer Bedeutung aber ist es, wenn auch der § 242 auf die Beziehungen zwischen ihnen zur

[1]) Motive II, S. 678/679.
Planck a. a. O., zu § 776.
[2]) Planck a. a. O., zu § 776.
[3]) Ebenso Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 775; Schill a. a. O., S. 39; Oertmann a. a. O., zu § 776.

Anwendung gebracht werden kann, denn § 157 dient, wie Schneider[1]) treffend ausführt, dazu, „das Offensein des vom gesetzten Rechte für die Ergänzung durch Treu und Glauben freigelassenen Gebietes festzustellen, während § 242 diese Ergänzung selbst bewirkt", — jener handelt nur von der Auslegung des Inhalts aller Verträge, während dieser die für uns viel wichtigere Art der Erfüllung beim Schuldverhältnis zum Gegenstande hat.[2])

Wenn man der Ansicht ist, der § 242 treffe bei dem einseitigen Bürgschaftsvertrage auf den Gläubiger nicht zu, weil der Gläubiger nach diesem nur berechtigt, nicht verpflichtet sei, — er setze vielmehr für die Person, auf welche er in Anwendung kommen solle, die Verpflichtung zu einer Leistung voraus, so kann man sich dabei m. E. allein auf die Worte des Paragraphen stützen, die allerdings nur sagen, daß der Schuldner verpflichtet sei, die ihm obliegende Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken. Dieser Auffassung von der Unanwendbarkeit des § 242 ist aber m. E. nicht beizupflichten.

Es ist zunächst nur richtig, daß dem Schuldner durch den § 242 eine substantielle Verbindlichkeit nicht auferlegt wird, denn er setzt ja gerade die Existenz einer solchen voraus, aber es ist dennoch nicht wohl zu leugnen, daß der Paragraph für den Schuldner eine unsubstantielle Verbindlichkeit schafft, denn dieser wird ja verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Sollte nun aber der Gläubiger bei Ausübung der ihm an und für sich zustehenden Rechte nicht zu einem entsprechenden Verhalten verpflichtet sein?

Der erste und zweite Entwurf freilich nahmen diesen Standpunkt ein, denn sie enthielten sich hierüber mit Absicht einer Bestimmung. Hinsichtlich dieser Absicht ist aber die Sachlage im Laufe der weiteren Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches wenigstens eine andere ge-

[1]) Schneider a. a. O., S. 92.

[2]) Vgl. Meisner a. a. O., zu § 242.

worden. Als nämlich in der Reichstagskommission zu § 242 ein Zusatz beantragt wurde, nach welchem der Verpflichtete einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Rechtsausübung des Gläubigers widersprechen könne, wurde darauf hingewiesen, daß das B. G.-B. bereits auf diesem Standpunkte stehe, da schon im § 226 (Chikaneverbot) die Ausübung eines Rechtes, die nur den Zweck haben könne, einem anderen Schaden zuzufügen, für unzulässig erklärt sei.

Wenn ich auch die Vorarbeiten und die dabei getanen Aeußerungen durchaus nicht für maßgebend erachten kann und auch nicht die Bestimmung des § 226 hier für ausschlaggebend oder auch nur für wesentlich ansehe, wie es Meisner[1]) tut, der auf diesem Umwege zu dem Resultate kommt, daß in unserem Rechte „jede Rechtsausübung ihre innere, durch das ethische Moment im Recht bestimmte Schranke habe," so stimme ich doch im Ergebnis mit ihm überein. Nur glaube ich bei etwas freierer Auffassung des Gesetztextes direkt aus dem Paragraphen folgern zu können, daß auch der Gläubiger so fordern muß, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Denn wenn wir in den Text des Paragraphen: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern," vor das Wort „verpflichtet" ein „nur" einschieben, so erhalten wir m. E. erst damit den wahren Sinn der Vorschrift: Der Schuldner *muß* so leisten, wie Treu und Glauben es gebieten, aber er *braucht* auch nur nach ihrem Gebote zu leisten. Und wenn also der Gläubiger kommt und fordert vom Schuldner in einer gegen dieses Prinzip verstoßenden Weise, dann ist der Schuldner zu seiner Leistung durchaus nicht verpflichtet. Daraus ergibt sich also, daß *dieselbe unsubstantielle Verbindlichkeit, die dem Schuldner auferlegt ist, auch den Gläubiger trifft*, und daß auch der

[1]) Meisner a. a. O., zu § 242.

Vgl. die strenge Kritik bei Schneider a. a. O., S. 62, Anm. 96.

Gläubiger, dem nur Rechte zustehen, insofern verpflichtet ist, als er bei deren Ausübung nicht gegen die Forderungen von Treu und Glauben verstoßen und dadurch den Bürgen schädigen darf.[1]) Bei dieser Auffassung dürfte wohl nichts im Wege stehen, den § 242 auch ohne die Existenz einer „substantiellen Gegenseitigkeitsverbindlichkeit“[2]) auf das Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger anzuwenden.

Ja noch mehr! Nicht ohne Grund hat der Paragraph seinen Platz in dominierender Stellung am Anfange des zweiten Buches des B. G.-B. gefunden; es wird damit der Gedanke zum Ausdruck gebracht, daß das ganze ihm folgende Recht der Schuldverhältnisse von dem in ihm liegenden Gesichtspunkte aus beurteilt werden muß, und daß unter der Herrschaft des B. G.-B. alle Schuldverhältnisse zu obligationes bonae fidei geworden sind.[3]) Es ist also nach dem Gesagten richtig, wenn Marcus erklärt, daß der Gläubiger nicht durch sein Verschulden — sei es Vorsatz oder Fahrlässigkeit — in einer gegen das von der Verkehrssitte erforderte Maß von Treu und Glauben verstoßenden Weise die rechtliche Lage des Bürgen verschlechtern darf.

Aber unmöglich können wir daraus mit ihm die Konsequenz ziehen, daß hiernach der Gläubiger dem Bürgen für jede culpa in exigendo hafte, daß auch im B. G.-B. ebenso wie in den Partikularkodifikationen dem Gläubiger eine allgemeine Diligenzpflicht auferlegt sei, und daß darnach also der Bürge auch durch die geringste schuldhafte Nachlässigkeit des Gläubigers in Beitreibung der Forderung ipso jure befreit werde.

Einmal ist m. E. nicht einzusehen, wie aus dem Umstande, daß der Gläubiger in seinem Verhalten nicht dem Grundsatze von Treu und Glauben zuwiderlaufen darf, sich ergeben soll, daß er für ein jedes Verschulden haften müsse. Vielmehr könnte darnach doch wohl nur

[1]) Vergl. Fischer-Henle a. a. O., zu § 242; Cosack a. a. O. I, S. 315.

[2]) Marcus a. a. O., S. 457.

[3]) Crome a. a. O. I, S. 186, 188; Marcus a. a. O., S. 457.

ein solches Verschulden in Betracht kommen, welches gegen das genannte Prinzip der bona fides verstieße. Diese Ansicht des Verfassers dürfte aber von jener abgelehnten Auffassung erheblich abweichen, denn tatsächlich wird zwischen einem beliebigen Verschulden und einem solchen, das Treu und Glauben verletzt, speziell bei den Graden der leichten Fahrlässigkeit ein großer Unterschied bestehen. Der Gläubiger würde in seiner schuldhaften Behandlung, um überhaupt gegen Treu und Glauben nach § 242 verstoßen zu können, ein von dem allgemeinen üblichen Verhalten — der Verkehrssitte — stark abweichendes Gebahren an den Tag legen müssen, sein Vorgehen müßte ein auffallendes und außergewöhnliches sein. Damit würden wir im Resultate wohl auf dasselbe hinauskommen, wie Staudinger,[1]) der sich — allerdings ohne die vorstehende Argumentation — dahin äußert, daß in dem Verhalten des Gläubigers eventuell ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegen könne, daß dies „jedoch nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werde". Aehnlich denkt Crome,[2]) der ebenfalls ein „ungewöhnliches Verhalten" des Gläubigers erfordert.

Aber auch in der bezeichneten Beschränkung läßt sich eine Diligenzpflicht des Gläubigers für das B. G.-B. nicht konstruieren. Es ist vielmehr Marcus bei seiner Verteidigung derselben nicht zuzustimmen, wenn er meint, im Gesetzbuche komme nirgendwo „zum Ausdruck, daß bestimmte Konsequenzen jenes Prinzipes (des § 242) abzulehnen seien."[3])

Der § 776 zunächst hat eine enge und durchaus positive Fassung erhalten, indem er den Bürgen nur insoweit von seiner Verbindlichkeit ipso jure frei werden läßt, als der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt, aus welchem der Bürge gemäß § 774 hätte Ersatz verlan-

[1]) Staudinger a. a. O., zu § 776.
[2]) Crome a. a. O. II, 2, S. 888.
[3]) Marcus a. a. O., S. 457.

gen können. Mit diesem engen, positiven Wortlaute stellt sich der Paragraph nicht nur nicht als Ausfluß eines allgemeinen Prinzipes dar, nach dem der Gläubiger dem Bürgen stets zu Diligenz verpflichtet sei, sondern er schließt sogar eine solche Pflicht, indem er einige Ausnahmefälle ausdrücklich aufzählt, nach dem Satze: qui dicit de uno, negat de altero aus. Dieser Ausschluß einer allgemeinen Diligenzpflicht im B. G.-B. läßt sich durch ein argumentum e contrario mit Sicherheit aus dem § 776 beweisen, und dies ist nicht nur von Planck und den sich ihm Anschließenden, sondern in überwiegendem Maße von den Vertretern der Wissenschaft anerkannt.[1]) Auffallend ist nur, daß Marcus und die ihm getreulich folgenden Dissertationen von Pulvermann und Seyfferth den § 776 und die an ihn geknüpfte Argumentation ganz zu übersehen scheinen, geschweige denn sie zu widerlegen versuchen.

Auch der ebenfalls sehr eng gefaßte § 777, der natürlich nicht mehr als § 776 eine analoge Ausdehnung verträgt, ist herangezogen worden, um aus ihm den Ausschluß der allgemeinen Diligenzpflicht zu beweisen. Er bestimmt, daß bei der Bürgschaft auf bestimmte Zeit der Bürge nach deren Ablauf frei werde, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich betreibt; und man hat nun aus ihm durch ein argumentum e contrario gefolgert, daß bei der gewöhnlichen Bürgschaft den Gläubiger diese Verpflichtung des unverzüglichen Betreibens nicht treffe.[2]) Hiermit stimme ich nicht überein, denn man kann m. E. aus einer für einen ganz besonderen Fall der Bürgschaft gegebenen Bestimmung nicht so ohne weiteres eine Regel für deren allgemeine Form herleiten.[3]) Ich gebe aber zu, daß sich auch die entgegengesetzte Auffassung verteidigen läßt.

[1]) Planck a. a. O., zu § 776; Staudinger a. a. O., eod; Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 775; Dernburg a. a. O. 2, II S. 359; Lichtlen a. a. O., S. 166; Regeniter a. a. O., S. 88 und viele andere.

[2]) Dies tun Staub a. a. O., zu § 349; Scherer a. a. O. II, zu § 777; Ebenso Westphal a. a. O., S. 56/57.

[3]) Ebenso Marcus a. a. O., S. 456.

Damit wäre diese Untersuchung wohl zu Ende, und wenn wir nunmehr ihr Ergebnis überschauen, so ergibt sich, daß für das B. G.-B. eine allgemeine Diligenzpflicht zwar nicht besteht, daß aber andererseits der Gläubiger auch nicht in schuldhafter, gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise durch mangelhafte Bewahrung und Behandlung seiner Forderung dem Bürgen dadurch Schaden zufügen darf, daß er die diesem zustehenden Rechtswohltaten verletzt oder vernichtet.

Diese Auffassung kann aber durch die verschiedensten Umstände nur bestärkt werden: Einmal verlieren bei ihr die Besorgnisse der Motive, „der Wert der Bürgschaft werde durch die Imputierung einer allgemeinen Diligenzpflicht beträchtlich herabgedrückt und in der Praxis zahlreiche Schwierigkeiten hervorgerufen",[1]) jegliche Bedeutung, — denn auch wir verwerfen eine solche und belästigen den Gläubiger durchaus nicht in unbilliger Weise.[2]) Weiterhin scheinen die Motive auch gar nicht ausdrücklich gegen unsere Auffassung zu sein, denn sie sagen nur, eine so weitgehende Diligenzpflicht des Gläubigers in Beitreibung der Schuld von dem Hauptschuldner, wie sie vielfach Doktrin und Gesetzgebung aufgestellt habe, folge nicht aus der bei Erfüllung der Verträge auf Treu und Glauben zu nehmenden Rücksicht,[3]) — aber auch wir gehen nicht zu weit, auch wir folgern aus dem Prinzipe von Treu und Glauben keine allgemeine Diligenzpflicht. Ferner treten wir nicht wie Marcus mit der im Gesetze gegebenen Regelung in Widerspruch, denn wir haben ja gerade aus § 776 abgeleitet, daß der Gläubiger dem Bürgen nicht allgemein zu Sorgfalt verpflichtet sei. Wir lassen's uns aber auch nicht genug sein

[1]) Motive II, S. 678/679.

[2]) Darin aber, daß der Bürge gegen ein Treu und Glauben verletzendes Verhalten des Gläubigers geschützt wird, kann wohl niemand eine Minderung des Wertes der Bürgschaft erblicken; auch Streitigkeiten werden hier nicht mehr entstehen, als in sonstigen Fällen gleicher Lage. — Dagegen können sich m. E. auch die Schneider'schen Bedenken nicht halten. (Schneider a. a. O., S. 226.)

[3]) Vgl. auch Ritgen a. a. O., S. 127.

an jenem „mageren Auskunftsmittel“,[1]) das Planck und die Motive dem bedrohten Bürgen allein offen lassen, indem sie ihn auf Befriedigung des Gläubigers und Geltendmachung der dadurch übergehenden Rechte verweisen, und das doch häufig dem Bürgen überhaupt nichts mehr nützen wird; — wir „muten ihm nicht das Odium eines Prozesses“[2]) zu, der vielleicht noch nicht einmal Aussicht auf Befriedigung bietet, sondern wir können (wie noch zu zeigen sein wird) auf Grund unserer Auffassung dem Bürgen in viel einfacherer Weise helfen. Wir haben des ferneren die Praxis des höchsten deutschen Gerichtes auf unserer Seite, das z. B. in den Entscheidungen vom 17. Oktober 1904, 17. Dezember 1903 und 12. Oktober 1905 dem Gedanken Ausdruck gegeben hat, daß „aller Rechtsverkehr unter der Herrschaft der bona fides stehen müsse“,[3]) und daß insonderheit „die Sätze von Treu und Glauben auf die Vertragsverhältnisse in Anwendung zu bringen seien“,[4]) und welches endlich vor allem in einer seiner neuesten Entscheidungen gesagt hat, „daß auch die Bürgschaft den Grundsätzen von Treu und Glauben unterstehe“[5]) — Wir müssen schließlich aber auch nicht mit Schill,[6]) einem Anhänger der Planckschen Auffassung, zu dem unbefriedigenden Resultate kommen, daß in diesem Punkte das Gesetz eine Lücke habe, über die wir uns nur mit einem resignierten Lex dura, sed ita scripta est hinwegtrösten könnten, sondern wir dürfen mit Zufriedenheit feststellen, daß aus unserem bürgerlichen Gesetzbuche als einem lebensfrischen Borne billigen Rechtes auch in diesem Falle eine angemessene und alle Ansprüche erfüllende Lösung geschöpft werden konnte und auch — geschöpft werden sollte!

[1]) Dernburg a. a. O. 2, II, S. 360.
[2]) So Eck a. a. O.
[3]) Entscheidungen des R.-G., Band 58, S. 356.
[4]) eod., Band 59, S. 207.
[5]) Jurist. Wochenschrift, Jahrgang 1905, S. 720.
[6]) Schill a. a. O., S. 39.

§ 8.

Allgemeines über das zu gewinnende Schutzmittel und Entwicklung der exceptio doli bis zum heutigen Recht.

Wir haben noch die schon im vorigen Abschnitte berührte Frage zu beantworten, was für einen Schutz denn der Bürge aus dem gewonnenen Ergebnisse für sich gegen ein wider Treu und Glauben verstoßendes Verhalten des Gläubigers ableiten kann.

Weil wir gesehen haben, daß der Bürge einzig und allein in den im § 776 bestimmten Fällen ipso jure von seiner Haftung befreit wird, und weil auch wir zugegeben haben, daß der Gläubiger gegenüber dem Bürgen nur Rechte und keine substantielle Verbindlichkeit habe, sondern ihm Pflichten nur im Verhältnis zum Hauptschuldner auferlegt sind, so ergibt sich daraus, daß der Bürge weder im allgemeinen durch ein unsorgfältiges, ihm Schaden bringendes Vorgehen des Gläubigers von selbst befreit wird, noch daß er vom Gläubiger Sorgsamkeit verlangen und ihn dazu durch eine Klage zwingen kann. Er kann vielmehr aus einem derartigen Verhalten des Gläubigers nur einen Einwand entnehmen, mit dem er dessen auf Befriedigung abzielende Klage zurückzuweisen imstande ist.[1]) Dieses Schutzmittel dürfte auch für den Bürgen in praxi ein durchaus genügendes sein, denn an der Ausklagung des Hauptschuldners hat er ja kein Interesse, ihm genügt es, wenn er den schuldhaft gewordenen Gläubiger mit seiner Klage von sich abweisen kann.[2])

[1]) Ebenso Regeniter a. a. O., S. 90; Eck a. a. O., Anm. 4; augenscheinlich auch Kuhlenbeck a. a. O., zu § 776. Zu vergleichen wären auch wohl die Bemerkungen von Cosack a. a. O., S. 570; Westphal a. a. O., S. 57.

[2]) Vergl. Siber a. a. O., S. 247.

Wenn wir uns auf den § 242 stützen, so drängt sich uns der Gedanke auf, ob als solch' ein Einwand aus diesem Paragraphen eine exceptio doli generalis — eine Einrede der Arglist — entnommen werden kann.[1]) Dies ist aber noch des näheren zu untersuchen, es ist zu prüfen, ob eine derartige Einrede im Systeme des B. G.-B. noch besteht, und es ist ferner zu erforschen, ob der Verstoß des Gläubigers, um die Arglisteinrede entstehen zu lassen, auch wirklich „arglistig" sein muß, oder ob schon ein fahrlässiges Verletzen der bona fides zu dem gleichen Ergebnisse führt.

Auch hier wollen wir zunächst den Entwicklungsgang der Arglisteinrede kurz an unserem Auge vorüberziehen lassen. Der Keim für die Ausbildung der exceptio doli liegt in dem streng formalen Charakter des alten römischen Rechts, nach dem nur ein *solches* Verhalten gefordert wurde, wie es sich *unmittelbar* aus den formelhaften Worten des Rechtsgeschäftes oder des Gesetzes ergab, denn „der Anfang des Rechts ist Buchstabe und Form."[2]) Der Prätor aber, der in so mannigfacher Hinsicht das römische Recht weiter gebildet und gebessert hat, bewirkte auch hierin zu Gunsten der Billigkeit einen Fortschritt; er brach dem Gedanken der bona fides Bahn, indem er vor allem die exceptio doli mit der Formulierung: si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit neque fiat für die Beurteilung der stricti juris negotia[3]) einführte und in die Prozeßformel aufnahm. Damit war der Gedanke von Treu und Glauben zu Anerkennung und Bedeutung gelangt, und die exceptio doli diente fortan als ein Regulator des alten strengen Rechts. Gemäß der angegebenen Fassung werden zwei Arten der exceptio unterschieden. Einmal ist sie eine exceptio in factum, sofern

[1]) Im allgemeinen wird hingegen die Vorschrift des § 242 auch im Klagewege geltend gemacht werden können. So Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 379; Schneider a. a. O., S. 59.

[2]) Silbermann a. a. O., S. 35.

[3]) Bei den bonae fidei negotia war das nicht nötig, weil hier der index vom Prätor angewiesen wurde, ex fide bona das Urteil zu fällen.

sie sich gegen einen in der Vergangenheit liegenden dolus wendet und stützt sich also auf einen bestimmten Tatbestand. Ihr Hauptfall in dieser Richtung ist die exceptio doli specialis, durch welche der Betrug des Klägers beim Abschlusse des Geschäfts getroffen wird.[1] Andererseits aber — und nur dieser Fall kommt für uns in Betracht — richtet sich diese exceptio doli gegen einen gegenwärtigen dolus, der eben in der Erhebung eines — wenn an sich auch begründeten — Anspruches liegt, sie stützt sich hier also darauf, „daß die Klage ein Unrecht bilde".[2] Ursprünglich wurden für diese Einrede der Arglist auch wirklich eine arglistige, „malhonnete"[3] Gesinnung des Klägers erfordert; es muß ihm der „Vorwurf ungehörigen, mit dem Anstande unvereinbaren Betragens und einer unanständigen Gesinnung"[1] gemacht werden können.[5] Später dagegen und vor allem im gemeinen Rechte wurde die exceptio doli generalis in weit unbeschränkterem Maße zugelassen.

Man forderte jetzt nicht mehr eine dolose Gesinnung, sondern begnügte sich damit, daß das „Klagerecht dem wahren Rechte widerstritt",[6] daß ipsa res in se dolum habebat und somit „die objektive bona fides"[7] verletzt wurde. Das römische und gemeine Recht erachtet also, wie Meisner sich treffend ausdrückt,[8] „als Arglist jedes, objektiv betrachtet, gegen Treu und Glauben verstoßende und den Anforderungen der Billigkeit widersprechende Verhalten".[9]

Ebenso wurde unter der Herrschaft des A. L. R., in welchem die aequitas ja als ein herrschendes Prinzip

[1]) Dernburg Pandekten I, S. 322; Puchta a. a. O., S. 513; Dernburg a. a. O. 1, S. 437.

[2]) Dernburg, Pand. I S. 322; ebenso Puchta a. a. O., S. 513.

[3]) Dernburg eod.

[4]) So Pernice a. a. O., S. 247.

[5]) Ebenso Hachenburg, Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 329

[6]) Dernburg a. a. O., Pand. I, S. 322.

[7]) Pernice a. a. O., S. 246 u. 252.

[8]) Meisner a. a. O., zu § 242.

[9]) Ebenso Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 329.

beachtet wurde, die Geltung einer exceptio doli generalis, wenn sie auch im Gesetze selbst nicht aufgestellt war, so doch allgemein von Wissenschaft und Praxis anerkannt. Klar zum Ausdruck gebracht wird dies in der Reichsgerichtsentscheidung vom 25. Mai 1898,[1]) in der sich folgende Sätze finden: „Die sogenannte exceptio doli generalis dient zum Schutze gegen ein Klagebegehren, welches an sich im Gesetze begründet sein, dessen Erfüllung aber eine offenbare Unbilligkeit in sich schließen würde. Die Arglist liegt hier schon in der Geltendmachung eines solchen mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbaren Anspruches, ohne daß es noch der Feststellung einer Täuschung des anderen Teiles oder sonst eines außerhalb des Rechtsstreites liegenden arglistigen Verhaltens bedürfte."

§ 9.

Die Stellung des B. G.-B. Anwendung auf unsere Frage.

Das B. G.-B. hat zunächst den Gedanken der Beurteilung nach Treu und Glauben aufgenommen und speziell im § 242 zum Ausdruck gebracht. Aber kennt darum auch unser Gesetzbuch noch eine exceptio doli generalis? Diese Frage kann zunächst zweifelhaft erscheinen, da das B. G.-B. eine ausdrückliche Erklärung über ihre Existenz oder Nichtexistenz zu geben unterlassen hat. Hierdurch wird aber ihr Ausschluß noch durchaus nicht bewiesen, und die Einrede ist denn in der Wissenschaft auch wirklich zum Gegenstande von Meinungsverschiedenheiten geworden.

Die Vorarbeiten unseres Gesetzes standen der allgemeinen Argliseinrede nicht günstig gegenüber.. So wurde zunächst in der zweiten Kommission ein ihre Aufnahme bezweckender Antrag abgewiesen, vor allem weil man

[1]) In der Juristischen Wochenschrift Jahrgang, 1854 S. 27. 98.

fürchtete, dadurch die Grenze zwischen Recht und Moral zu verwischen.[1]) Aber auch in der Reichstagskommission wurde ein darauf abzielender Zusatzantrag zu § 242 verworfen.[2])

Wir müssen aber Folgendes beachten: Unser Gesetzbuch hat gemäß seiner Tendenz, Treu und Glauben nach Möglichkeit zu schützen, den dolus mit zahlreichen, speziellen Vorschriften „getroffen und mit Nachteilen belegt",[3]) wo es nur konnte. Sollte nun ausschließlich in diesen Fällen der dolus rechtserzeugende Kraft haben und im übrigen unbeachtet bleiben?! Diese Auffassung muß als unbegründet verworfen werden und m. E. schon daran scheitern, daß eine so detaillierte, alle Fälle berücksichtigende Regelung auf große praktische Schwierigkeiten gestoßen wäre. Mit Recht hat man nun gerade den § 242 als einen Hauptanwendungsfall der exceptio doli generalis bezeichnet, denn der in ihm liegende Gedanke, daß *nur so* zu leisten und zu fordern sei, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, läuft auf dasselbe Bestreben hinaus, wie die gemeinrechtliche exceptio doli. Ferner sind die gegen die Anerkennung der exceptio doli generalis in der zweiten Kommission dahin geltend gemachten Bedenken, daß sie gefährlich sein würde, weil sie an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters setze, nicht stichhaltig. Denn einmal sind die gefürchteten Mißstände im gemeinen und preußischen Rechte nicht auffallend hervorgetreten[4]) und andererseits wird hier von dem Richter nicht mehr verlangt, als in vielen anderen Fällen, in denen er — man denke z. B. nur an § 226 — auch nicht ohne weiteres seine Entscheidung den Worten des Gesetzes entnehmen kann, sondern nicht minder sein billiges Ermessen als Ergänzung und Kriterium heranziehen muß. Weiterhin ist aber auch nicht zu übersehen, daß in der exceptio doli generalis ein wertvolles Mittel gegeben ist, etwaige Härten des

[1]) Näheres bringt Silbermann a. a. O., S. 35/36.
[2]) Vgl. Meisner a. a. O., zu § 242.
[3]) Crome a. a. O. I, S. 186—188.
[4]) Ebenso Meisner a a. O; ähnlich Silbermann a. a. O., S. 38.

Gesetzes zu mildern oder nicht empfinden zu lassen und einer individualisierenden Gerechtigkeit Raum zu geben."[1]) Schon dieser Punkt ist im Interesse einer wahrhaft billigen und gerechten Rechtspflege von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Verteidigung der exceptio doli generalis.[2]) Schließlich fällt für ihre Anerkennung besonders der Umstand ins Gewicht, daß in der bisherigen Rechtsentwicklung die exceptio doli generalis eine wichtige und nützliche Rolle gespielt hat, und daß es nach dem Gesagten durch nichts gerechtfertigt wäre, warum gerade in diesem Punkte mit dem bisherigen Rechtszustande hätte gebrochen werden sollen. In dieser Erwägung vor allem dürfte aber in Verbindung mit dem Umstande, daß stichhaltige Gründe für den Ausschluß der exceptio nicht vorhanden sind, die Stärke des Beweises ihrer Geltung liegen.

Prüfen wir nun die Frage, welcher Auffassung sich vorwiegend Wissenschaft und Praxis zugewendet haben! Denn diese ist hier um deswillen eine besonders wichtige, weil der Natur der Sache nach nur wenige und nicht mit absoluter Sicherheit die Existenz oder Nichtexistenz der exceptio beweisende Gründe vorhanden sind.

Zwar behauptet Endemann,[3]) der die Einrede ebenso wie Schneider[4]) und Cosack[5]) verwirft, die Literatur verhalte sich ablehnend. Daß dem nicht so sei, möge die folgende Auslese beweisen:

Crome[6]) folgert aus seinen Ausführungen die Gültigkeit der „wahren exceptio doli generalis, die wir auch im heutigen Recht nicht entbehren können", und die gerade für die Anwendung der §§ 157, 242 in Betracht komme.

[1]) Kuhlenbeck a. a. O., zu § 242.

[2]) Silbermann a. a. O., S. 38: Ein unentbehrlicher Rechtsbehelf, um dem Rechte zum Siege zu verhelfen.

[3]) Endemann a. a. O., § 85.

[4]) Schneider a. a. O. Er meint, die exceptio sei überflüssig.

[5]) Cosack a. a. O. I, S. 315.

[6]) Crome a. a. O., S. 186—188.

Rehbein[1]) spricht von ihr als einer Einrede, „deren keine gesunde Rechtsprechung entbehren kann, und der das B. G.-B. durchaus nicht entgegensteht.“ Und weiter meint er, der § 242 könne als gesetzliche Grundlage für sie dienen.

Planck[2]) bemerkt: „Den Vorschriften der §§ 157, 242 liegt im wesentlichen derselbe Gedanke zugrunde, wie der exceptio doli generalis des gemeinen Rechts.“

Dernburg[3]) erklärt, ihre produktive Kraft sei nicht erloschen, als ein Organ des wahren Rechts habe sie weiter lebendige Kraft. „So auch unter der Herrschaft des B. G.-B.“

Enneccerus-Lehmann[4]) („Der Grundgedanke des § 242 ist derselbe, wie bei der gemeinrechtlichen exceptio doli. Dies hat das B. G.-B. nicht aufgehoben“), Schollmeyer[5]) und andere[6]) stehen auf demselben Standpunkte.

Doch genug! Welches die überwiegende Ansicht der Literatur sei, geht aus den genannten Beispielen schon mit aller Klarheit hervor.

Aber auch die Praxis des Reichsgerichts ist weit davon entfernt, die exceptio doli generalis zu verwerfen. In Betracht kommen hier die Entscheidungen vom 17. Dezember 1903[7]) und vom 17. Sept. 1904.[8]) In der ersten heißt es: „Das B. G.-B. stelle für den Inhalt der Rechtsgeschäfte, sowie für deren Erfüllung den Grundsatz von Treu und Glauben auf, es betone damit, daß aller Rechtsverkehr unter der Herrschaft der bona fides stehen müsse, und daß das Recht aufhöre, Recht zu sein, wo es mißbraucht werde, und daß im Rechtsverkehr jeder sich

[1]) Rehbein a. a. O., zu § 242.

[2]) Planck a. a. O. II, 1 zu § 242.

[3]) Dernburg Pand. a. a. O., S. 324.

[4]) Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 329 und 379.

[5]) Schollmeyer a. a. O., S. 6/7.

[6]) Z. B. Oertmann a. a. O., zu § 242. Weitere Angaben sind zu finden bei Schneider a. a. O., S. 45 ff.

[7]) In der deutschen Juristenzeitung, 9. Jahrgang 1904 Nr. 6, S. 313—314.

[8]) In der Jurist. Wochenschrift, Jahrgang 1904, S. 555.

auf die Ehrlichkeit und Anständigkeit des Mitkontrahenten müsse verlassen können. Soweit müsse es dem Schuldner gestattet sein, gegen die Inanspruchnahme unter Berufung auf die Arglist sich zu wehren als Einrede der Arglist, wenn die Schuld bei ehrlicher Handlungsweise nicht, oder nicht so, wie sie geltend gemacht wird, bestehen würde."

In der zweiten Entscheidung wird gesagt, „daß dem Schuldner, dem die ihn befreiende spezielle Rechtsregel nicht zur Seite stand, doch eine exceptio doli generalis zustatten kommen könne, denn nach B. G.-B. stehe der Grundsatz allgemein in Geltung, daß ein jeder sein Tun und Lassen so einzurichten habe, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern und daß nicht gegen die guten Sitten verstoßen werden darf, mag dies auch nur in einzelnen Bestimmungen wortdeutlich hervorgehen."

Damit ist wohl klar, daß die — auch vom Verfasser vertretene — Auffassung von der Gültigkeit und Wirksamkeit der exceptio doli generalis im heutigen Rechte trotz einigen widersprechenden Stimmen die herrschende genannt werden kann, und daß es im besonderen möglich ist, die Vorschrift des § 242 mittelst einer derartigen exceptio doli generalis zur Anwendung zu bringen.

Bevor wir nun aber das Ergebnis zusammenfassen können, lenkt noch ein zweifelhafter Punkt unsere Aufmerksamkeit auf sich. Denn wir müssen noch untersuchen, ob nach B. G.-B. die allgemeine Arglisteinrede ebenso wie im älteren römischen Rechte nur bei wirklich arglistiger Gesinnung des Klägers entsteht, oder schon bei einem „in der Sache selbst liegenden dolus", wie es vor allem im gemeinen und preußischen Rechte der Fall war ob, um von unserem Thema zu sprechen, der Gläubiger nur bei vorsätzlichem oder auch bei fahrlässigem Vorgehen — vorausgesetzt, daß er damit gegen das von der Verkehrssitte erforderte Maß von Treu und Glauben verstößt — von der Einrede betroffen werden kann.

Es ist dabei von dem im Gesetzbuche enthaltenen Begriffe „Treu und Glauben“ auszugehen. Ihm zu folge soll den Forderungen der Sittlichkeit und Billigkeit zum Siege verholfen werden, es soll darnach, wie Dernburg[1]) treffend sagt, das zur Richtschnur genommen werden, „was nach den Zwecken des Geschäfts und der Sitte anständig und gerecht denkender Menschen von dem andern Teil erwartet werden durfte.“ Es ist also das zu berücksichtigen, was der allgemeinen Rechtsanschauung entspricht, und es ist demgemäß daran festzuhalten, daß Treu und Glauben einen rein objektiven Begriff, einen Maßstab bilden, nach welchem gerade „die subjektiven Deutungen des Vertrages“[2]) zu beurteilen sind.[3]) Wenn aber Treu und Glauben sich auf diese Weise als ein rein objektiver Maßstab darstellen, so ist nicht einzusehen, weshalb man bei einem Verstoße dagegen auf eine dolose Gesinnung des Täters Wert legen sollte. Es ergibt sich m. E. vielmehr daraus mit zwingender Notwendigkeit, daß — ebenso wie im gemeinen und preußischen Rechte — die exceptio doli generalis auch dann eingreift, wenn objektiv betrachtet das Recht zur Klage „dem wahren Rechte widerstreitet“, und daß demgemäß auch ein fahrlässiger Verstoß gegen Treu und Glauben denkbar ist, dem dann, weil eben der dolus „in der Sache selbst“ liegt, gleichwohl mit einer exceptio doli generalis entgegengetreten werden kann.

Der Bürge kann also auch den fahrlässig gegen Treu und Glauben verstoßenden Gläubiger mit der exceptio zurückweisen.[4]) Ein derartiger „dolus“ aber, also ein Ver-

[1]) Dernburg a. a. O. 2, I. S. 27.

[2]) Staudinger a. a. O., zu § 242.

[3]) Ebenso wie Staudinger, u. a. Oertmann a. a. O., zu § 242; Hachenburg a. a. O., zu § 242; Schollmeyer a. a. O. I, S. 6; Mattiaß a. a. O., S. 416, 417.

[4]) Weshalb die größte Zahl der Schriftsteller „arglistiges“ oder „vorsätzliches“ Verhalten des Gläubigers fordert, ist mir durchaus unerfindlich. Sie gehen dabei allerdings nicht näher auf die hier behandelte Frage ein, und so wäre es ja immerhin denkbar,

halten, daß objektiv gesehen, gegen das bonum et aequum verstößt, liegt — auch hierin stimmen wir mit der Praxis des A. L. R. überein — schon immer darin, „daß der Gläubiger einen mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbaren Anspruch geltend macht",[1]) ohne daß sein Verhalten außerhalb des Rechtsstreites noch einer Prüfung unterzogen werden müßte.

Wir fassen zusammen:

1. **Nach heutigem Rechte ist dem Gläubiger im Verhältnis zum Bürgen eine allgemeine Diligenzpflicht nicht auferlegt.**

2. **Die Vorschriften von Treu und Glauben finden jedoch auf das Verhältnis zwischen diesen Personen Anwendung.**

3. **Verstößt der Gläubiger in seinem Verhalten gegen dieses Prinzip** — wann er das tut, bestimmt die Verkehrssitte, nach welcher aber jedenfalls ein ungewöhnliches Vorgehen erfordert wird —, **so ist dem Bürgen die Möglichkeit gegeben, sich gegen dessen Klage mit einer auch heute noch praktischen exceptio doli generalis zu wehren.**

4. **Dazu bedarf es nicht der Feststellung arglistiger Gesinnung des Gläubigers, sondern es genügt, daß durch die Erhebung der Klage objektiv gegen Treu und Glauben verstoßen worden ist.**

daß sie den in der Sache selbst liegenden dolus gemeint haben. Beispiele: Kuhlenbeck a. a. O., zu § 776; Töbelmann a. a. O., S. 42; Meisner a. a. O., zu § 776; Eck a. a. O., Anm. 4. — Die in dieser Arbeit vertretene Ansicht hat Verfasser in der Litteratur nur zweimal ausdrücklich ausgesprochen gefunden, ohne daß aber der Weg dahin klar gelegt wäre. So Westphal a. a. O., S. 57; Lichtlen a. a. O., S. 167.

[1]) Siehe oben S. 37.

§ 10.

Ablehnung des § 823. Allgemeine Auslegung des § 826.

Wir wollen nun noch untersuchen, ob sich für den Bürgen ein Schutzmittel auch aus den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen gewinnen läßt, eine Frage, die aber bei der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung, die einen Einwand schon aus dem Bürgschaftsverhältnisse selbst entnimmt, wohl kaum den Kernpunkt unserer Aufgabe bilden kann. Wir wollen sie aber gleichwohl der Vollständigkeit halber mit in den Kreis dieser Untersuchungen hineinziehen, vornehmlich, weil zahlreiche Schriftsteller bei ihren Erörterungen über die Schutzmittel des Bürgen auch die Bestimmungen von B. G.-B. Buch II, Titel 25 behandeln.

Es fragt sich zunächst, ob die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen überhaupt noch zur Anwendung gebracht werden können (wobei es sich für uns nur um die §§ 823 und 826 handeln könnte), oder ob nicht vielmehr *nur* die Vertragsregeln, die wir ja oben erforscht haben, zu berücksichtigen sind. Denn daß das Verhalten des Gläubigers einerseits eine bestehende Vertragspflicht verletzt und andererseits gleichzeitig auch den Tatbestand eines Deliktes erfüllt, ist ja sehr wohl denkbar;[1]) es wird sich dann aber stets die Frage erheben, ob in einem solchen Falle entweder die Regeln über den Delikt ausschließlich in Betracht kommen, oder ob beide gleichwertig miteinander konkurrieren sollen.[2])

[1]) Ausgeschlossen ist es aber jedenfalls, daß die Verletzung der Vertragspflicht schon als solche auch die Haftung nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen begründen könnte. Denn es wäre unbillig und unbegründet, wenn das betr. Vorgehen so in zwiefacher Weise betroffen würde. Ebenso denkt Dernburg a. a. O. 2, I, S. 150.

[2]) Die Ansicht, daß in solchen Fällen nur die vertragliche Regelung eingreife, wurde früher vor allem von Endemann (a. a. O.,

Ich nehme mit Oertmann[1]) an, daß eine „an sich deliktische" Handlung, die nur bei Gelegenheit eines Vertrages begangen ist, aber innerlich in keiner Beziehung zu ihm steht, nur als Delikt haftbar machen kann, und daß andererseits eine derartige Handlung, die eine Vertragspflicht verletzt und gleichzeitig einen Deliktstatbestand erfüllt, einzig und allein nach den Regeln über den Vertrag zu behandeln ist, wenn sie sich ihrem inneren Wesen nach in Abhängigkeit von jenem Vertragsverhältnisse befindet. Anders dagegen liegt es, wenn die betr. Handlung — abgesehen von der Verletzung der Vertragspflicht — in völlig selbständiger und unabhängiger Weise einen Deliktstatbestand erfüllt: In diesem Falle entsteht eine Haftung sowohl aus dem Vertrage wie aus der unerlaubten Handlung, und beide Ansprüche konkurrieren mit einander.[2]) [3])

Gehen wir nun auf die zitierten Paragraphen und unseren Fall näher ein. § 823 verlangt ein vorsätzliches oder fahrlässiges „rechtswidriges" Verhalten. Wir müssen also zunächst prüfen, wie die schädigende Handlung des Gläubigers eigentlich beschaffen sei.

Man wird hierauf zunächst erwidern müssen, daß diese schädigende Handlung einmal nicht darin allein gesehen werden kann, daß der Gläubiger dem Bürgen die Einrede der Vorausklage entzieht oder die Rechte, die bei Befriedigung durch den Bürgen auf diesen übergehen würden, schmälert. Denn wenn der Gläubiger dann nicht klagt, ist der Bürge nicht im geringsten geschädigt. Andererseits liegt diese Handlung auch nicht in

§ 200, Anm. 4) vertreten. In der 8. Auflage seines Lehrbuches hat der Autor jedoch schon selbst seinen ehemaligen Standpunkt aufgegeben. — Daß die beiden Arten der Haftung gleichwertig miteinander konkurrieren, wird gleichfalls von vielen Autoren behauptet, z. B. Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 837.

[1]) Oertmann a. a. O., Vorbemerkungen zu Buch II, Titel 25.

[2]) Vgl. Dernburg a. a. O. 2, I. S. 150.

[3]) Interessant ist die Reichsgerichtsentscheidung vom 4. Febr. 1904 in der Jurist. Wochenschrift Jahrgang 1904, S. 166: Diese doppelte Haftung sei möglich, „wenn neben den Voraussetzungen für den Vertragsanspruch auch die Merkmale einer unerlaubten

der bloßen Erhebung der Klage, denn wenn der Gläubiger im übrigen korrekt verfahren wäre, würde durch sein Verhalten dem Bürgen kein Schaden bereitet werden, da er ja entweder die Vorausklage erheben könnte oder die vollen Rechte des Gläubigers erhielte. Es muß vielmehr gesagt werden, daß die schädigende Handlung des Gläubigers in der Summe dieser beiden Handlungen, also darin liegt, daß er eine der genannten Rechtswohltaten verletzt und dann gleichwohl den Bürgen auf Erfüllung verklagt.

Hat nun der Gläubiger durch die bezeichnete Handlungsweise den § 823 in absolut selbständiger Weise erfüllt? Nicht im geringsten! Daß sein Vorgehen sich mit dem Tatbestande des Paragraphen deckt, ist vielmehr von dem Bestehen des Vertragsverhältnisses abhängig. Erst der Vertrag normiert diese Pflichten, deren Verletzung ihn haftbar macht, und erst dieser begründet also die in dem § 823 geforderte Rechtswidrigkeit des Tuns. Was also den § 823 angeht, so müssen wir sagen, daß hier nur die vertragliche Regelung gelten könne;[1]) und zwar brauchen wir auf andere Fragen (z. B. was für „Rechte" verletzt seien) nicht einzugehen, denn schon das Erfordernis der Widerrechtlichkeit ist nicht erfüllt, weil an sich — abgesehen von dem Vertrage — die geschilderte Handlungsweise nicht im geringsten widerrechtlicher Natur ist.

Ist es aber möglich, daß der Gläubiger, auch ohne das Erfordernis eines rechtswidrigen Tuns nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen haftbar gemacht werden kann? In Betracht kommt hier der § 826, der bestimmt, daß derjenige, welcher einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatze dieses Scha-

Handlung selbständig gegeben sind." Das treffe in dem dort behandelten Falle nicht zu, denn „die objektive Rechtswidrigkeit des Beklagten ist da lediglich durch den Vertrag begründet, erst dieser legt dem Beklagten eine Verpflichtung auf."

[1]) Staudinger a. a. O., zu § 776 will dagegen dem Bürgen auch den Schutz des § 823 geben. Eine Begründung fehlt.

dens verpflichtet ist. Daß hier ein widerrechtliches Verhalten erfordert sei, darüber schweigt der § 826, aber (so müssen wir hinzusetzen) er schweigt nicht ohne inneren Grund. In dem zweiten Entwurfe begann die diesem Paragraphen entsprechende Bestimmung mit den Worten: Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, usw. Dieser Passus ist aber in der Reichstagskommission auf Grund der Erwägung gestrichen, daß niemand selbst in Ausübung eines formalen Rechts einen andern vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädigen dürfe. Dementsprechend wird denn auch in der Wissenschaft ganz allgemein anerkannt, daß der § 826 von der widerrechtlichen Qualität der schädigenden Handlung absehe,[1]) ja, daß sogar die Ausübung eines Rechts mit unter diesen Paragraphen fallen könne.[2]) Damit ergibt sich aber, daß das für die Anwendbarkeit des § 823 gefundene Hindernis hier beim § 826 nicht vorliegt, weil zwar die Handlung des Gläubigers an sich nicht widerrechtlich war, da erst der Vertrag die Widerrechtlichkeit begründete, weil aber im § 826 auch gar keine Widerrechtlichkeit erfordert ist.

Prüfen wir nun, ob auch die übrigen Voraussetzungen des § 826 in unserm Falle dadurch erfüllt werden, daß der Gläubiger die Hauptforderung nicht mit Sorgfalt behandelt und infolgedessen die rechtliche Lage des

---

[1]) Vgl. z. B. Oertmann in der deutsch. Juristenzeitung Jahrgang 1903, Nr. 14; Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 849; Kuhlenbeck a. a. O., zu § 826; Dernburg a. a. O. 2, II, S. 640; Meisner a. a. O., zu § 826; Crome a. a. O. II, 2, S. 1641; Goldmann-Lilienthal a. a. O. I, S. 887.

[2]) Anderer Ansicht ist dagegen Planck. Er behauptet, eine Rechtsausübung könne nur dann unter den Paragraphen fallen, wenn sie nur auf der Absicht, einen anderen zu schädigen, beruhe (§ 226). Er schränkt also den § 826 durch den § 226 ein. Demgegenüber steht die herrschende Meinung mit Recht auf dem Standpunkte, daß der § 826 weiter gehe, als der § 226 und schon eine jede vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung treffe. Siehe die unter [1]) Zitierten.

Bürgen verschlechtert, indem er ihm das beneficium excussionis oder die Rechtswohltat des Uebergangs der Rechte nach § 774 vernichtet bezw. in ihrem Werte verringert.

Es muß zunächst dem Bürgen ein Schaden zugefügt sein. Ein solcher Schaden liegt, wenn seine numerische Feststellung in praxi auch oft schwierig werden mag, jedenfalls bei der oben erörterten Handlungsweise, also erst dann vor, wenn der Gläubiger dem Bürgen eine der Rechtswohltaten entzieht oder verschlechtert und dann auf Befriedigung klagt. Ein sich etwa aus dem § 820 für den Bürgen ergebendes Schutzmittel könnte sich also, ebenso wie das im ersten Teil dieser Arbeit gefundene, nur gegen die Klage des Gläubigers wenden, wodurch ja aber, wie gleichfalls schon gezeigt wurde, dem Bürgen in völlig ausreichender Weise geholfen wird.

Bei dieser seiner schädigenden Handlung muß nun der Gläubiger vorsätzlich gehandelt haben, d. h. sein Vorsatz muß sich auf die Schadenszufügung (nicht etwa auch auf die Verletzung der guten Sitten) erstrecken. Wir haben uns also die Frage vorzulegen, was denn Vorsatz überhaupt sei. Hierüber ist, wie im Kriminalrecht, so auch im Gebiete des bürgerlichen Rechts Einigkeit nicht erzielt worden. Denn hier wird in gleicher Weise einmal die Willenstheorie, nach der für den Vorsatz das Wollen des Erfolges verlangt wird, von einer großen Zahl von Schriftstellern vertreten, so von Cosack[1]) und Kuhlenbeck.[2]) Nicht minder stark wird aber auch die Vorstellungstheorie verteidigt, nach der für den Vorsatz schon das Vorstellen des Erfolges genügt; dieser Ansicht sind u. a. Crome[3]) und Endemann.[4])

Näher auf diese Frage einzugehen, erübrigt sich wohl an dieser Stelle. Nach des Verfassers Ansicht geht die erste Theorie zu weit, wenn sie ein direkt auf den Erfolg gerichtetes „Wollen" verlangt, ein solches braucht

[1]) Cosack a. a. O., § 71, II 1.
[2]) Kuhlenbeck a. a. O., zu § 276.
[3]) Crome a. a. O., I § 109. Nr. 39.
[4]) Endemann a. a. O., § 112, Anmerkung 5.

vielmehr nicht vorzuliegen,[1]) andererseits sagt die Vorstellungstheorie nicht genug. Man wird das Willensmoment nicht wohl ganz außer acht lassen dürfen, sondern es muß der Täter mit dem vorgenannten Erfolge doch mindestens einverstanden sein. Und so stellt sich denn nach meiner Auffassung der Vorsatz als Voraussicht des bestimmten Erfolges unter gleichzeitiger Billigung desselben dar.[2]) Dieser Vorsatz muß sich auf die Schadenszufügung beziehen, wobei aber die Höhe des Schadens nicht beachtet wird,[3]) und von ihm muß die Willensbetätigung begleitet sein; auch ein dolus eventualis wäre natürlich nicht ausgeschlossen.

Schließlich muß der Gläubiger bei seiner Schädigung des Bürgen noch gegen die guten Sitten verstoßen. Unter guten Sitten hat man solche zu verstehen, die von der Allgemeinheit als gut und sittlich erachtet werden. Der Richter muß die „geläuterte nationale Anschauung“[4]) als Maßstab benutzen. Man darf dabei, wenn der Schädiger einer besonders niedrig oder hoch stehenden Bevölkerungsklasse angehört, nicht etwa nur deren sittliche Anschauung berücksichtigen, sondern muß sich darnach richten, wie das Volk in seinen breiten Mittelschichten denkt und empfindet.

Bei der gegebenen Auslegung werden die Erfordernisse des § 826 durch die oben geschilderte Handlungsweise des Gläubigers wohl in den meisten Fällen erfüllt werden.

[1]) Siehe v. Liszt, Lehrbuch S. 171: Es ist eine Vergewaltigung des Sprachgebrauchs, selbst den „unangenehmen“ Erfolg als „gewollt“ zu bezeichnen.

[2]) Vgl. die auf demselben Boden stehenden treffenden Ausführungen Oertmanns a. a. O., zu § 276.

[3]) Ebenso Crome a. a. O. II, 2, S. 1041; Enneccerus-Lehmann I, S. 849.

[4]) Dernburg a. a. O. 2, II, S. 640.

§ 11.

Die Ergebnisse des Paragraphen 826 für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Was für ein Schutzmittel gewährt denn aber der § 826 dem Bürgen?

Seinem ganzen Wesen nach entspricht der Paragraph durchaus der römisch-rechtlichen actio doli, welche sich gegen böswillige Beschädigung des Vermögens wandte und auf Ersatz des so entstandenen Schadens abzielte. Daß der § 826 dieser actio doli entspricht, auf demselben Gedanken wie diese fußt und im wesentlichen auch das gleiche Gebiet umfaßt, darüber kann wohl kein Zweifel bestehen. Dies wird denn auch ganz allgemein in der Wissenschaft anerkannt.[1])

Wir haben nun schon in den obigen Ausführungen auf Grund des § 242 B. G.-B. eine allgemeine Arglist-einrede verteidigt. Sollte sich nun eine solche nicht mit noch viel mehr Recht aus dem § 826 ableiten lassen, der doch ganz dasselbe will, wie die actio doli des römischen Rechts?! Gewiß ist anzunehmen, daß, wie der actio doli im römischen Rechte eine exceptio doli entsprach, ebenso unter der Herrschaft des B. G.-B. eine Arglist-einrede das Spiegelbild des § 826 bilden muß.[2]) Vorausgesetzt ist dabei natürlich, daß man nicht prinzipiell die Geltung der exceptio doli im heutigen Rechte bestreitet.

[1]) Enneccerus-Lehmann a. a. O., S. 849; Oertmann a. a. O. zu § 826; Kuhlenbeck a. a. O. eod., Meisner a. a. O., zu § 826 Schollmeyer a. a. O., S. 12; Dernburg a. a. O., 2, II, S. 640 Neumann a. a. O., zu § 826.

[2]) Daß es sich übrigens nur um eine exceptio doli *generalis* handeln kann, folgert aus den obigen Ausführungen über die Entstehung und die Arten der exceptio doli.

Es ist hierbei jedenfalls bemerkenswert, daß von verschiedenen Seiten, wo man die auf § 242 beruhende Arglisteinrede bezweifelte und nicht mit Sicherheit für existent hielt, nichts dagegen eingewendet wird, daß eine derartige exceptio sich aus dem § 826 ergebe. Besonders erwähnenswert ist in dieser Hinsicht die Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. Juni 1904,[1]) in der es folgendermaßen heißt: „Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit . . . § 242 zu dem Ergebnis der exceptio doli generalis führen würde. Jedenfalls ergibt sich aber dasselbe in einem Falle von der Art des vorliegenden aus § 826 in Verbindung mit § 249. Da der Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Beklagten vorsätzlich den Schaden zugefügt hat, muß er dem Beklagten nach § 826 diesen Schaden ersetzen und zwar nach § 249 vor allem dadurch, daß er seinen Anspruch nie geltend macht."

Einleuchtend ist m. E. auch die Motivierung der exceptio aus dem § 826, der an sich ja nur die positive Verpflichtung auferlegt, den zugefügten Schaden zu ersetzen. Es liegt aber darin auch gleichzeitig die Pflicht, die schädigende Handlung überhaupt nicht vorzunehmen. Und tut er das gleichwohl, und klagt dann auf Erfüllung, so ist es nicht mehr als recht und billig, daß dem nunmehrigen Beklagten hiergegen eine Einrede — die exceptio doli generalis — zusteht,[2]) denn dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est. Ebenso ist die Sachlage in unserem Falle, wenn der Bürge vom Gläubiger auf Erfüllung verklagt wird.

Nach dieser Betrachtung kommen wir zu folgenden Ergebnissen für den Gegenstand unserer Untersuchung. An und für sich bietet der § 826 dem Geschädigten eine Angriffswaffe, die Klage, dar. Es ist aber auch möglich, aus ihm eine Einrede, die exceptio doli generalis, zu entnehmen. Und diese ist das Schutzmittel, das für den bedrohten Bürgen vorwiegend in Betracht kommt,

[1]) Entscheidungen des R.-G. Band 58, S. 356.

[2]) Ebenso die meisten der auf Seite 50 in Anmerkung 1 zitierten.

und dessen er sich in praxi, da es ihm den gesuchten Schutz in hinreichendem Maße gewährt, wohl ausschließlich bedienen wird. Denn die Schädigung, die zur Erfüllung des § 826 nötig ist, wird erst mit der Erhebung der Klage abgeschlossen, mit ihr wird der Bürge also erst in den Stand gesetzt, gegen den Gläubiger vorzugehen, und da bietet sich ihm sofort diese exceptio als einfachster und bequemster Schutz.

Es zeigt sich also, daß wir auch auf diesem Wege zu dem Resultate gelangen, daß dem Bürgen eine exceptio doli generalis zu Gebote stehen kann. Es ist aber zu beachten, daß die hier gefundene Einrede ihm nicht entfernt den Schutz gewährt, wie die aus § 242 abgeleitete. Der Bürge wird sich vielmehr dieser letzten als der wertvolleren wohl fast ausschließlich bedienen, denn sie geht ja — wie gezeigt ist — bedeutend weiter, als die Einrede, welche von den mehrfachen, besonderen Erfordernissen des § 826 abhängig ist.

§ 12.

Ändert sich das gewonnene Resultat bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft?

Schließlich hatten wir uns noch vorgenommen,[1]) zu prüfen, ob sich das gewonnene Resultat beim freiwilligen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, „insbesondere" also bei der Verbürgung als Selbstschuldner ändern würde.

Zu diesem Behufe müssen wir uns natürlich zunächst über das Wesen der selbstschuldnerischen Bürgschaft und im besonderen über ihre Abweichungen von der gewöhnlichen Bürgschaftsform klar werden. Hierbei gibt uns der Wortlaut unseres Gesetzbuches keine absolut sichere

[1]) Siehe oben S. 12.

und zweifellose Auskunft, denn er besagt in § 773 nur, daß insbesondere die Verbürgung als Selbstschuldner einen Fall des Verzichtes auf die Einrede der Vorausklage bilde. Hierin liegt allein die Bestimmung, daß die selbstschuldnerische Bürgschaft sich insofern von der gewöhnlichen Bürgschaft unterscheidet, als bei ihr die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist, und es kann darnach immer noch zweifelhaft sein, ob solches die einzige Abweichung bildet, oder ob der Unterschiede noch mehr sind. Das Schweigen des B. G.-B. ist aber den Motiven[1]) zufolge beabsichtigt, denn diese erklären, „die Uebernahme der Bürgschaft mit dem Zusatze „als Selbstschuldner oder Selbstzahler" sei, sofern nicht aus dem übrigen Inhalte des Bürgschaftsvertrages sich ein anderes ergebe, nur als die Uebernahme einer gewöhnlichen Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu betrachten. Dieser Verzicht ändere an sich nichts an der akzessorischen Natur der Bürgschaft, und dies bedürfe keiner weiteren Hervorhebung im Gesetze."

Gegen die hier zum Ausdruck kommende Auffassung sprechen m. E. auch nicht die geringsten Gründe, und es ist demnach in Uebereinstimmung mit der bisherigen Rechtsanschauung[2]) daran festzuhalten, daß der Unterschied zwischen der gewöhnlichen und der selbstschuldnerischen Bürgschaft einzig und allein in dem vom B. G.-B. genannten Ausschlusse der Vorausklage liegt, und daß im übrigen — ganz entsprechend dem Schweigen unseres Gesetzbuchs — Abweichungen nicht vorhanden sind. Zu diesem Ergebnis ist man auch allgemein in der Wissenschaft gelangt.[3])

Wir müssen also, wenn wir unser bisheriges Ergebnis auf die selbstschuldnerische Bürgschaft anwenden wollen, die, aber auch nur die Konsequenzen ablehnen, die sich aus dem Rechtsbehelf der Vorausklage erge-

[1]) Motive a. a. O. II, S. 670.

[2]) Vgl. die Entscheidungen des Reichs-Gerichts Band 8, S. 260ff; und in Seuffert's Archiv Band 52, S. 283ff.

[3]) Z. B. Scherer a. a. O., zu § 777; Weyl a. a. O.

ben oder im Widerspruch zu ihrem Ausschlusse stehen. Und wenn wir bei Beginn dieser Arbeit die Vorausklage mit herangezogen haben, so werden wir von ihr aus hier nicht zu einem Einwande kommen, denn bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft ist der Gläubiger an sich berechtigt, ohne weiteres den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Vielmehr können wir hier nur von dem Uebergange der Rechte nach § 774 ausgehen.

Nun haben wir schon gesehen, wie jedes Bürgschaftsverhältnis, also auch das selbstschuldnerische dem Grundsatze von Treu und Glauben untersteht, wir haben gefunden, daß ganz allgemein der Gläubiger nicht in einer dagegen verstoßenden, schuldhaften Weise die rechtliche Lage des Bürgen verschlechtern dürfe, und daß andernfalls dem Bürgen eine exceptio doli generalis aus § 242 erwachse. Hat also der Gläubiger im Falle der selbstschuldnerischen Bürgschaft die nach § 774 übergehenden Rechte in einer das Prinzip verletzenden Weise gemindert oder vernichtet, so steht nichts im Wege, daß die exceptio auch hier zur Entstehung gelangt, denn der selbstschuldnerische Bürge ist und bleibt eben B ü r g e, und es stehen ihm darnach — abgesehen von den durch seinen Verzicht auf die Vorausklage begründeten Ausnahmen — genau dieselben Einreden zu, wie dem gewöhnlichen Bürgen. Auch die übrige gefundene Regelung, daß schon eine objektiv gegen Treu und Glauben verstoßende Klaganstellung zur Begründung der Arglisteinrede genüge, kann unbedenklich angewendet werden.[1])

Schließlich haben wir bei unserer Untersuchung des § 826 schon gesehen, wie der Gläubiger den Bürgen damit schädigen kann, daß er die übergehenden Rechte schmälert und später gleichwohl auf Befriedigung klagt, und wie dann daraus für den Bürgen — abgesehen von der an sich daraus resultierenden Klage — als Haupt-

[1]) Ganz entsprechend für den Rechtszustand vor dem 1. I. 1900 die Reichsgerichtsurteile vom 6. Juli 1896 in Seuffert's Archiv Band 52, S. 283 und vom 20. Januar 1883 in den Entsch. des R.G. Band 8, S. 260ff.

schutzmittel ebenfalls eine exceptio doli generalis sich gewinnen läßt.

Die übrige Auslegung der Erfordernisse dieses Paragraphen wird natürlich auch nicht dadurch geändert oder aufgehoben werden, daß der Bürge sich als Selbstschuldner verbürgt.

Wenn also der Gläubiger die zum Uebergange bestimmten Rechte in ihrem ökonomischen Werte mindert oder sie vernichtet, dann klagt und dadurch also den Bürgen schädigt, — wenn er ferner dabei in dem oben dargelegten Sinne vorsätzlich gehandelt hat und sich einen Verstoß gegen die guten Sitten hat zu Schulden kommen lassen, dann steht auch dem als Selbstschuldner verpflichteten Bürgen in zweiter Linie die auf § 826 beruhende allgemeine Arglisteinrede gegenüber der Klage des Gläubigers zu Gebote.

Ende.

071434